Zur Lehre vom Polizeibegriff

und dem Verhältnis von

Eigentum und Polizei

insbesondere nach sächsischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königlich Württembergischen

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

ACAD. LEGUM BAT. BIBL.

eingereicht von

Arno Schade
aus Krummenhennersdorf.

Referent: Herr Professor Dr. jur. C. Sartorius.

Sonderabdruck aus dem „Archiv für öffentliches Recht", Bd. 25.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen
1909.

Dem Andenken
meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552714_0038

Inhalt.

§ 1. Einleitung. — § 2. Die privatrechtliche Seite der Frage: Das Eigentum. — § 3. Die öffentlich-rechtliche Seite der Frage: I. Die Staatsgewalt überhaupt. — § 4. Die öffentlich-rechtliche Seite der Frage: II. Die Polizeigewalt insbesondere. — § 5. Das Verhältnis von Eigentum und Polizei. § 6. Die Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts. — § 7. Kritische Schlussbemerkungen.

§ 1. Einleitung.

Es ist ein in der Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannter Satz, dass der Eigentümer die Pflicht habe, sein Eigentum jederzeit und dauernd in einem mit dem Gemeinwohle verträglichen Zustande zu erhalten und dass die Polizei ihn zur Erfüllung dieser Pflicht zu zwingen berechtigt sei.

Stier-Somlo hat es unternommen, in seiner Abhandlung über: „Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemässem Zustande“ (Verw.-Archiv, Bd. 6, S. 275 ff.) den Nachweis des inneren Grundes für jene Pflicht zu liefern. Dazu dient ihm die rechtsphilosophische Betrachtungsweise, durch die er einen Eigentumsbegriff konstruiert, der von dem des geltenden Rechtes abweicht.

So begründet auch einerseits die Ausführungen von Stier-Somlo sein mögen, so fest steht doch andererseits, dass sie dem positiven Rechte keine Rechnung tragen. Weder seine Methode entspricht den rechtlich-formalen Anforderungen, noch kann man seinem Resultate vom juristisch-dogmatischen Standpunkte aus beistimmen, dass im Eigentumsbegriffe jene öffentlich-rechtliche Pflicht liege.

Es mag ein „natürliches Rechtsgefühl“ sein, dass der Eigentümer anderen durch sein Eigentum weder schädlich noch gefährlich werden darf. Aber „die Forderungen der Gerechtigkeit haben für sich noch keine rechtlich verbindende Kraft. Ein Rechtsinstitut entsteht erst dadurch, dass diese Forderungen aufgenommen werden in die Form des Rechts, zu Rechtssätzen gestaltet werden“ (Otto Mayer). Wenn die Freiheit des Eigentums einem einzelnen zum Nachteile gereicht, so bietet das Privatrecht Schutz in ausreichendem Masse. Sobald aber das Privateigentum die Allgemeinheit schädlich beeinflusst, liegt jene Verpflichtung des Eigentümers nicht so klar auf der Hand, zumal wenn man vergeblich nach öffentlichen Rechtssätzen sucht, die dem Eigentume ausdrücklich Beschränkungen im öffentlichen Interesse auferlegen. Es macht sich also eine juristische Kalamität bemerkbar. Tatsache ist, dass die Polizei in derartigen Fällen einschreitet und von der Rechtsprechung in ihrem Vorgehen unterstützt wird, indem diese mit einem Hinweis auf eine allgemeine Pflicht des Eigentümers sich begnügt.

Hier soll es nun unternommen werden, den positivrechtlichen Grund für jene polizeilichen Beschränkungen des Eigentümers und deren Grenze nachzuweisen. Es wird sich also nur um eine „äussere“ Begründung der polizeilichen Eingriffe handeln, um Auffindung und Anwendung des positiven Rechts. Wenn auch wir der „inneren Begründung“ der Pflicht des Eigentümers einige Worte widmen, so geschieht es nicht, um gegen Stier-Somlo zu polemisieren. Eine Untersuchung in seiner Weise hat ihren

eigenen Wert. Allerdings kann eine Kritik seiner Ansichten nicht unterbleiben, insoweit sie mit dem positiven Recht in Widerspruch stehen.

Die Untersuchung erstreckt sich sowohl auf das Privatrecht als auch auf das öffentliche Recht. Privatrechtlich ist die Arbeit, insofern sie nach dem Begriff des Eigentums auf Grund des BGB. zu fragen hat (§ 2). Oeffentlichrechtlich ist sie, insofern die Rechtsgrundsätze für das Tätigwerden der Staatsgewalt überhaupt (§ 3) und der Polizeigewalt insbesondere (§ 4) erörtert werden sollen. Die letztere Frage betrifft die vielumstrittene Lehre vom Polizeibegriff. Es wird dabei dessen Bedeutung lediglich in materiellrechtlicher Hinsicht betrachtet werden[1]. Auf Grund der Resultate, welche sich aus der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Seite der Frage ergeben, sollen für das Verhältnis von Eigentum und Polizei weitere Schlüsse gezogen werden (§ 5). Den Schluss wird eine kritische Betrachtung der herrschenden Lehre bilden (§ 6).

§ 2. Die privatrechtliche Seite der Frage: Das Eigentum.

I. Die Ansicht von Stier-Somlo und dessen Angriff auf den herrschenden Eigentumsbegriff.

Da die Arbeit von Stier-Somlo den Standpunkt verteidigt, den die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur einnimmt, so mögen deren Grundzüge hier wiedergegeben werden. Als leitend für seine Untersuchungen kann man den Satz betrachten: „Nicht darauf kommt es an, ob im bestimmten Falle der Staat auf dem Gebiete der Gesetzgebung oder Verwaltung (?) tatsächlich den Grundsatz ausspricht, dass der Eigentümer zur Erhaltung seines Eigentumes in polizeigemässem Zustande verpflichtet ist; denn hierzu

[1] Eine eingehendere Untersuchung über den Polizeibegriff an der Hand des preussischen Rechtes wird der Verfasser demnächst veröffentlichen.

ist er auf Grund seiner Souveränität stets in der Lage. Es ist vielmehr die Frage, wie eine solche Handlung gerechtfertigt werden kann, worin sie ihre naturale und vernünftige Ratio findet“ [2]. Damit ist also ein direkter Gegensatz zwischen seiner und unserer Methode von vornherein geschaffen.

Auf Grund seiner rechtsphilosophisch-nationalökonomischen Untersuchungen kommt Stier-Somlo zu dem Ergebnis, das Eigentum sei „die entweder durch Arbeit gewonnene oder auf einem befugten Willen beruhende oberste Sachherrschaft, welche unter dem Einflusse der Gesellschaft entstanden und in den von dieser gezogenen Grenzen zu rechtlicher Anerkennung gekommen ist“ [3].

Was nun diese Grenzziehung anbetrifft, so erfolgt sie „unter Berücksichtigung des geschichtlich Gewordenen“. Dabei ist also zu beachten, dass sie nicht äusserlich erfolgt, nachdem bereits das Eigentum fertig entstanden ist, sondern dass die Grenze dem Eigentum immanent ist, dass sie mit ihm geboren wird und sich ausweiten und verengen kann. In Wirklichkeit ist das „keine Beschränkung, sondern eine Anweisung auf Innehaltung der natürlichen Grenzen“ [4].

Hätte sich Stier-Somlo damit begnügt, „die naturale und vernünftige Ratio“ für die Beschränkungen des Eigentums nachgewiesen und „ein soziales Eigentum“ de lege ferenda verkündet zu haben, so wäre dadurch der juristisch-dogmatische Standpunkt nicht alteriert worden. Er glaubt aber dem gewonnenen Begriffe eine positive Geltung zusprechen zu können.

Dabei findet er, dass in allen Rechtssystemen der „wirtschaftlich-naturale“ Eigentumsbegriff verschieden sei von einem „juristisch-logischen“. Letzterer sei aus praktischen Gründen aufgestellt, um die Lebensverhältnisse „in Formeln fassen zu

[2] Stier-Somlo a. a. O. S. 286; vgl. auch S. 311 a. E.
[3] a. a. O. S. 304.
[4] a. a. O. S. 310.

können". Bei Anwendung des juristischen Begriffes werde daher, zumal in Streitfällen, auf den naturalen zurückgegangen[5], weil eben „die ‚Beschränkungen' nicht nur vom objektiven Rechte geschaffen sind, sondern aus der Natur der Sache selbst entspringen, . . . nicht von aussen hinzutreten, sondern schon bei der Entstehung des Eigentums vorhanden sind. Und . . . deshalb sind nicht bloss die in den Quellen angeführten, sondern alle aus dem allgemeinen Grundsatze der Koexistenz von Gesellschaftsrecht und Einzelrecht fliessenden Einschränkungen von Bedeutung"[6].

Er verkennt nicht die Geltung des „absoluten, unbeschränkten und abstrakten" römischrechtlichen Eigentumsbegriffes in Deutschland. Aber die vom römischen Rechte ausgebildeten Eigentumsbeschränkungen haben den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen. Unter den ganz anders gearteten heutigen Verhältnissen, die eine Betonung der gesellschaftlichen Seite der Institution verlangten, werde jedoch dem obigen Grundsatze durch die römischrechtliche Konstruktion keine Rechnung getragen. Es werde daher eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Rechtsvorstellung genährt, und es sei deshalb „offenbar, dass der römisch-rechtliche Begriff in solchem Sinne umgeformt werden muss"[7].

Diese Ausführungen sucht Stier-Somlo durch folgende logische Gründe zu bekräftigen. Die Beschränkungen des Eigentums ständen im Widerspruche mit dem römisch-rechtlichen Eigentumsbegriffe. Ein „prinzipiell Schrankenloses" könne keine Beschränkungen haben. Es sei auch unrichtig, es als „regelmässig unbeschränkt" hinzustellen; denn das hiesse umgekehrt „unregelmässig beschränkt". „Das Eigentum ist nicht unregel-

[5] a. a. O. S. 314.
[6] a. a. O. S. 318.
[7] a. a. O. S. 318 ff.

mässig beschränkt, sondern regelmässig beschränkt, nicht prinzipiell grenzenlos, sondern grundsätzlich begrenzt“ [8].

Dann führt er weiter aus, dass jener Begriff des römischen Rechtes, allerdings in verschiedenem Grade auch für die auf ihm beruhenden Gesetzbücher, das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, den Code civil — wo „der Widersinn sogar in einen Satz gefasst“ sei — das sächsische Gesetzbuch, das preussische Allgemeine Landrecht u. a. m., sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich bestehe [9].

Auch für das letztere gelte, „dass eine äusserlich vom Gesetze statuierte Beschränkung der Ausübung vorliegt und dass dort, wo das Gesetz keine positive Satzung aufgestellt hat, der Grundsatz der Unbeschränktheit zur Geltung kommt“. Das sei aber unrichtig; denn „es lässt sich schlechterdings nicht voraussehen, in welchen zahllosen Fällen und wie sich eine Kollision des Einzel-, Nachbar- und Gesamtinteresses ergibt; das Gesetz kann nicht für jeden denkbaren Fall besondere Bestimmungen treffen. Man muss vielmehr davon ausgehen, dass . . . jede auch nicht im Gesetze ausdrücklich vorgesehene Nichtbeachtung der gesellschaftlichen Interessen seitens des Eigentümers geahndet werden muss“ [10].

Auf Grund seiner Ausführungen stellt Stier-Somlo eine Prüfung des privatrechtlichen Eigentumsbegriffes an und unternimmt es dabei, „eine den veränderten Verhältnissen angemessene Definition an Stelle der auch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommenen römischen zu geben“ [11]. Sie müsse lauten: „Eigentümer ist, wer unter Beachtung der Rechte von Staat,

[8] a. a. O. S. 319.
[9] a. a. O. S. 322 ff.
[10] a. a. O. S. 326, 327.
[11] a. a. O. S. 327.

Gesellschaft oder Dritter die oberste rechtlich gewährleistete Sachherrschaft ausübt“[12].

Entsprechend dieser Begriffsbestimmung behauptet er: „Der römisch-rechtliche Eigentumsbegriff stimmt also nicht mit den römisch-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, welche sich als gesellschaftliche Einflüsse auf das Eigentum rechtliche Geltung verschafft haben“[13], und infolgedessen sagt er von den „unter dem Banne der römisch-rechtlichen Begriffsbestimmung“ stehenden modernen Rechtssystemen: „Sie konstruieren alle das absolute, unbeschränkte Eigentum und fügen dann die gesetzlichen Beschränkungen, als die Begriffsbestimmung regelwidrig aufhebende Normen, hinzu. Sie besitzen also sämtlich noch nicht die Einsicht in die organische Natur des Eigentums, welches nicht prinzipiell unbeschränkt, sondern — mit Rücksicht auf die Gesellschaft — prinzipiell beschränkt ist“[14].

Die Beschränkungen dieser Rechtssysteme seien allerdings ein Beweis für die gesellschaftliche Natur des Eigentums, aber sie ständen mit dem Begriffe in unlöslichem Widerspruche“[15]. Es sei nicht richtig, „dass eine Beschränkung des Eigentums nur durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung stattfinde“. Nur ein allgemeiner, auf jener ratio beruhender Grundsatz ermögliche eine richtige Abgrenzung. Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen könnten nur als Beispiele von Bedeutung sein. „Es ist daher gleichgültig, ob eine konkrete Beschränkung im Gesetze enthalten ist; in allen Fällen der Nichtachtung der Rechte Dritter oder der Gesellschaft muss sie durch richterliches oder polizeiliches Befinden aus dem allgemeinen Grunde der Beschränkungen heraus

[12] a. a. O. S. 330.
[13] a. a. O. S. 331.
[14] a. a. O. S. 331.
[15] a. a. O. S. 331.

ausgesprochen werden“[16]. Dies sei also eine „schon im Begriffe des Eigentums enthaltene Befugnis“[17].

II. Die Rechtfertigung des Eigentumsbegriffes vom logischen Standpunkte aus.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, die Richtigkeit der von Stier-Somlo aufgestellten Definition des Eigentumes zu überprüfen. Dieselbe muss für alle die brauchbar erscheinen, die sich gegen „den einseitig logisch-formalistischen Geist der Jurisprudenz“ wendend, das Recht inhaltlich im Auge haben und dessen soziale Natur betonen[18]. Auch ist nicht zu leugnen, dass die von Stier-Somlo gewonnenen Resultate eine beachtsame Erwägung de lege ferenda darzubieten vermögen. Die juristisch-dogmatische Betrachtungsweise fragt nur nach dem bestehenden Recht und begnügt sich damit — so lange keine Widersprüche und keine Lücken in demselben auftreten.

1. Diese Mängel glaubt aber gerade Stier-Somlo in dem herrschenden Eigentumsrecht zu erblicken. Er stützt seine Behauptung auf den „Widerspruch“, der in dem Nebeneinanderstehen des (römischen) Eigentumsbegriffes, auf dem die anderen Rechtssysteme beruhen, und der Eigentumsbeschränkungen liege[19]. Aus der juristischen Konstruktion des Eigentumsrechtes glaubt er gewissermassen das Paradoxon herauslesen zu können Eigentum sei „ein unbeschränktes, beschränktes Recht“(!). Dies wäre allerdings ein Widersinn.

[16] a. a. O. S. 332.

[17] a. a. O. S. 333.

[18] Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft S. 16; Wundt, Logik Bd. 2, Abt. 2 S. 560.

[19] Diese Einwendung wird gegen den herrschenden Eigentumsbegriff auch von anderer Seite gemacht; vgl. Stammler, Handw. d. Staatswissenschaft Art. „Eigentum und Besitz“; Schlossmann, Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 45 S. 289; Th. Frantz, Die gesetzl. Eigentumsbeschr. 1887 bezeichnet die Unbeschränktheit als „ideal“ richtig; vgl. a. a. O. S. 2.

Dieser Vorwurf ist ungerechtfertigt, schon vom rein sprachlichen Standpunkte aus. Denn man mag das Eigentum schlechthin als „schrankenlos", „absolut" u. a. m. oder, im Hinblick auf die Beschränkungen, als die „ihrer Natur nach unbedingte Macht" oder „das seinem Inhalte nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache" oder ähnlich bezeichnen, immer ist bei diesen Definitionen ausdrücklich gesagt oder stillschweigend hinzugedacht, dass durch eine gesetzliche Beschränkung jene Wirkung des Eigentums in gewissem Umfange paralysiert werden kann. „Das Eigentum ist . . . nicht ein in dem Sinne absolutes Recht, dass es nicht gesetzlich zum Schutz der Interessen Dritter beschränkt wäre[20].

Aber das würde die Behauptungen von Stier-Somlo noch nicht entkräften. Er meint, dass die Rechtsvorschriften, durch welche die Beschränkungen des Eigentums erfolgen, mit dessen Unbeschränktheit „unvereinbar" seien. Aus dialektischen Gründen könne man die Unbeschränktheit im Angesichte der stets vorhandenen Beschränkungen nicht als Regel oder Prinzip hinstellen, sondern umgekehrt[21]. Darauf ist aber zu erwidern, dass, wenn man wie z. B. Scheurl[22], das Eigentum als „regelmässig" unbeschränkt hinstellt, man damit nicht, wie im tatsächlichen Sinne, ein factum, sondern im übertragenen Sinne gerade ein principium meint. Das ist lediglich die in der Rechtswissenschaft oft angewendete Bezeichnung, nach welcher „regelmässig" soviel wie „prinzipiell" bedeutet. Das nimmt wohl auch Stier-Somlo in diesem Falle an. Aber gleich darauf sagt er, dass „regelmässig unbeschränkt" soviel bedeute wie „unregelmässig beschränkt". Das ist nur ein Wortspiel. Eine solche logische Kehrseite hat der Begriff nicht. Wendet man „regelmässig" in seinem eigentlichen Wortsinne an, dann ist das Eigentum natür-

[20] Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 140.
[21] Stier-Somlo a. a. O. S. 319.
[22] Stier-Somlo a. a. O. S. 319 bei Anm. 70.

lich regelmässig beschränkt. Damit hat man eine Tatsache zum Ausdruck gebracht. Wendet man aber „regelmässig“ im übertragenen Sinne an, dann kann man das Eigentum als „regelmässig unbeschränkt“ hinstellen. Denn dann bringt man damit einen Grundsatz zum Ausdruck[23].

Sodann ist noch in Erwägung zu ziehen, dass, wenn das Eigentum stets beschränkt ist, man zwei „Begriffe“ aufstellen kann. Entweder, man nimmt die Verhältnisse wie sie sind und sucht daraus einen natürlichen Begriff zu gewinnen. Das ist das induktive Verfahren. Oder man zerlegt das Verhältnis und stellt einen logischen Begriff auf. Dies geschieht auf deduktive Weise[24]. Würde man nun das Eigentum als „unbeschränkt“ hinstellen, dann müsste man, um zu dem wahren Begriff, d. h. dem Umfange der Befugnisse zu gelangen, die vom Eigentümer in casu rechtlich ausgeübt werden können, auf dieselbe künstliche Weise „von aussen her“ Beschränkungen konstruieren. Man muss also bei dem Begriffe des Eigentums „zwischen genetischer Notwendigkeit und systematischer Begründetheit wohl unterscheiden“[25]. Es handelt sich daher in Wirklichkeit nicht um die Richtigkeit, sondern um die Art der Begriffe.

Gierke sagt: Wird das Eigentum „an der Vorstellung absoluter Macht gemessen, so trägt es auch heute Schranken in seinem Begriff“[26]. In dieser Beziehung würde es sich mit dem Eigentumsbegriffe etwa wie mit dem der „Souveränität“ verhalten, insofern man darunter soviel wie Staatsgewalt, Herrschaft z. B. in Gliedstaaten von Bundesstaaten versteht. Verbindet man aber mit dem Worte den Begriff „Besitz einer staatsrechtlichen, unentziehbaren Herrschaftsstellung“ (Rehm),

[23] Es kann jemand von seinem Grundsatz regelmässig abweichen.

[24] Rosin, Der Rechtsbegriff der Souveränität. Annalen d. d. Reichs 1883, S. 267.

[25] Stammler, Verw.Archiv Bd. 15 S. 16.

[26] Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 364.

dann lässt der Begriff eine Einschränkung dieser Stellung nicht zu.

Darin besteht der Unterschied zwischen der gesellschaftlichen und der gesetzlichen Eigentumsdefinition: Jener liegt ein empirischer Begriff zu Grunde. Sie betrachtet das Eigentum, wie es wirklich ist, und aus diesem tatsächlichen Verhältnis heraus konstruiert sie ihre Definition vom Eigentum. Dasselbe ist niemals und nirgends unbeschränkt, niemals absolut, niemals abstrakt. Folglich müsse auch seine Begriffsbestimmung diesem Umstande Rechnung tragen.

Ganz anders die juristisch-dogmatische römisch-rechtliche Eigentumsdefinition. Ihr liegt ein Begriff von Eigentum zu Grunde, wonach dieses prinzipiell unbeschränkt ist, d. h. für das Eigentum kann dann eine Schranke solange nicht angenommen werden, als sie durch Rechtsgesetz — Gesetz und Gewohnheit — statuiert ist. Dadurch muss also die absolute Wirkung im Einzelfalle wieder ausgeschlossen werden[27].

Nach den vorstehenden Ausführungen dürfte bewiesen sein, dass der römisch-rechtliche Eigentumsbegriff gegenüber den heutigen Eigentumsbeschränkungen keinen Widerspruch, keine „Inkonsequenz“ darstellt. Das gesetzliche Eigentum lässt sich also vom logischen Standpunkte aus wohl verteidigen, und es kann daher als logisch-juristischer Begriff (Rechtsbegriff) zweifelsohne als prinzipiell unbeschränktes Sachenrecht hingestellt werden.

2. Damit ist aber gegen die Richtigkeit des sozialen Eigentumsbegriffes kein Beweis erbracht. Denn wenn auch das geltende Recht keine Widersprüche aufweist, so können gleichwohl Lücken in ihm auftreten. Es fragt sich daher immer noch, ob aus dem gesellschaftlichen Eigentumsbegriffe rechtliche Konsequenzen sich ergeben. Wenn Stier-Somlo meint[28], dass man bei Anwendung des juristisch-logischen Begriffes immer auf den

[27] Vgl. Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 3 S. 2.
[28] a. a. O. S. 314.

wirtschaftlich-naturalen Begriff zurückgehe, so kann das unter gewissen Voraussetzungen der Fall sein. Ganz unmöglich erscheint uns aber — de lege lata — die Annahme, aus der Natur des Eigentumsverhältnisses selbst, aus der Natur des gesellschaftlichen Einflusses Rechtsbegriffe zu konstruieren, noch ehe wir darnach gefragt haben, wie nach den positiven Rechtsnormen — Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht — die Rechtsbegriffe sich gestalten.

Es ist richtig, dass das geltende Recht und insbesondere das Eigentumsrecht nur aus seiner geschichtlichen Entwickelung heraus verstanden werden kann; denn „ausserhalb der geschichtlichen Erfahrung gibt es für rechtliche Betrachtung überhaupt nichts“ [29]. Wenn aber und insoweit der Gesetzgeber das Eigentum als unbeschränktes Recht hingestellt hat, — die nähere Untersuchung dieser Frage soll unten stattfinden — dann lassen sich schwerlich Beschränkungen im privaten oder öffentlichen Interesse denken, die sich aus dem Begriffe des Eigentums selbst ergeben sollen. Das ist ein ganz formaler Grund, dieser schliesst aber nicht aus, dass dem „Reichtum des stark pulsierenden Lebens“ durch die juristische Konstruktion auf irgendwelche Weise Rechnung getragen werden kann.

Es ist auch zuzugeben, dass der „natürlichen Bestimmtheit, welche den Lebensverhältnissen innewohnt“, eine rechtliche Bedeutung bisweilen zukommt. Dies zeigt sich dann, wenn das positive Recht sich ausschweigt oder wenn es ein Verhältnis ausdrücklich dem Ermessen des Richters anheimstellt [30], — der dann sachgemäss zu entscheiden hat — oder insoweit überhaupt der Richter auf die Natur der Sache zurückzugehen verpflichtet ist [31]. Wenn aber das Gesetz gesprochen, dann ist, insoweit es das betreffende Verhältnis positivrechtlich geordnet hat, daneben

---

[29] Stammler, Verw.Archiv Bd. 15 S. 15.

[30] Vierhaus, Gerichtsbarkeit u. Verwaltungshoheit, V. Arch.-Bd. 11, S. 222 ff., vgl. dort S. 227, 228.

[31] Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 16.

eine naturrechtliche Norm nicht mehr möglich. Also dürften auch dingliche Rechte und deren höchstes, das Eigentumsrecht, aus keinerlei Zweckmässigkeitsgründen verletzt werden, weder durch Eingriffe Privater, noch selbst der öffentlichen Gewalt[32].

Aus den vorstehenden Erörterungen folgt, dass, insofern das geltende Recht das Eigentum mit prinzipieller Unbeschränktheit, wenn auch regelmässiger Beschränktheit ausgestattet hat, eine Untersuchung, die sich auf das positive Recht erstreckt, die Möglichkeit der Annahme zurückweisen muss, dass es einen Rechtsbegriff gibt, der auf die gesellschaftliche Natur des Eigentumes in einer anderen Weise, als der durch die gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich festgesetzten Beschränkungen desselben, Rücksicht nimmt.

III. Der Begriff und Inhalt des Eigentums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der Begriff des Eigentums ergibt sich aus § 903 BGB., nach dem „der Eigentümer einer Sache . . ., soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen“ kann.

Nach allgemein anerkannter Ansicht enthält diese Bestimmung keine Definition des Eigentumsbegriffes, sondern es werden nur die Befugnisse des Eigentümers aufgezählt[33]. Rechtsbegriffe brauchen aber auch gar nicht gesetzlich ausgesprochen zu sein, sondern sie werden durch logische Analyse der ihnen zu Grunde liegenden Rechtssätze gewonnen[34]. Aber gleichwohl verlangt die Wissenschaft eine Definition des Eigentums. Es geschieht,

[32] Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 2.

[33] Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 197; Planck, Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 3 S. 129; Motive Bd. 3 S. 262; Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 132. Anders Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 S. 204.

[34] Wundt a. a. O. Bd. 2 Abt. 2 S. 580.

um „die Fülle der Machtbefugnisse des Eigentümers mit den vorhandenen oder möglichen Beschränkungen in Harmonie zu setzen, so dass sie insgesamt als Ausfluss eines einheitlichen Rechtsbegriffes erscheinen“ [35].

1. Betrachten wir zunächst, wie die Literatur des Bürgerlichen Rechtes sich zu der Definition des Eigentums bezw. zu § 903 BGB. stellt.

Cosack sagt: „Der Eigentümer kann mit seiner Sache schalten und walten wie er will, es sei denn, dass sich ihm ein an der nämlichen Sache bestehendes Recht eines anderen oder eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung entgegenstellt“ [36].

Crome: „Das Eigentum ist das vollkommenste dingliche Recht. Die Herrschaft, die kraft desselben über die Sache geübt wird, ist . . . allgemeinster Art, d. h. sie reicht grundsätzlich soweit, als eine rechtliche Macht über die Sache nach ihrer Natur und Rechtsgesetz überhaupt stattfinden kann“ [37]. Er fügt ausdrücklich hinzu, „dass daraus folge, dass das Eigentum nicht als solches schrankenlos ist. Der Mensch ist nicht allein auf der Welt und kann sich nirgends schrankenlos betätigen“ [38].

Dernburg sagt einfach, dass § 903 über die Befugnisse des Eigentümers bestimme und damit auch eine Definition des Eigentumes gebe [39].

Endemann gibt eine Definition des Eigentums dahin lautend: „Eigentum ist die innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Berechtigungen anderer bestehende, ihrem Rechtsinhalte nach unbegrenzte Herrschaft über eine Sache.“ Er glaubt mit dieser Begriffsbestimmung „den an das Eigentum gestellten sozialen Forderungen“ Rechnung zu tragen [40].

[35] Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 262, 263.
[36] Cosack, Lehrb. d. d. bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 100.
[37] Crome, System d. d. bürgerl. Rechts Bd. 3 S. 254.
[38] Crome a. a. O. Bd. 3 S. 254 Anm. 2.
[39] Dernburg a. a. O. Bd 3 S. 204.
[40] Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 266.

Enecceeus-Lehmann: „Das Eigentum ist das alle rechtlichen Beziehungen umfassende Herrschaftsrecht über eine Sache“ [41]. Er fügt hinzu: „Diese Formulierung schliesst nicht aus, dass eine Reihe von Beziehungen anderen Personen zustehen: sie werden aber begrifflich vom Eigentum mitumfasst und erscheinen als nur zeitweilig aus der Machtsphäre des Eigentümers gelöst“ [41].

Matthiass führt aus: „Das Eigentum gewährt dem Berechtigten die umfassendste aber nicht unbeschränkte rechtliche Herrschaft über eine Sache. Es geht prinzipiell so weit, als die Sache eine Herrschaft zulässt“ [42].

Planck erwähnt u. a.: „Da das Eigentum selbst nur vermöge der Rechtsordnung besteht, so können auch die Befugnisse, die es dem Eigentümer gibt, nur im Rahmen dieser Ordnung, d. h. nur unbeschadet der Beschränkungen, die in gesetzlichen Vorschriften sich gründen, ausgeübt werden.“ „Die Befugnisse, die der § 903 bestimmt, sind Folgerungen aus dem vorausgesetzten Begriffe des Eigentums“ [43].

Nach Staudinger gewährt das Eigentum „Rechtsherrschaft, und zwar allgemeinster Art, d. h. sie erstreckt sich begrifflich so weit, als eine rechtliche Macht über eine Sache überhaupt der Rechtsordnung nach reichen kann“ [44].

Diese Zitate begnügen sich fast sämtlich mit einer allgemeinen Wiedergabe der Rechte, die dem Eigentume bezw. dem Eigentümer zukommen, ohne dass sie damit eine Definition im eigentlichen Sinne aufstellen. Nur Endemann und Enecceeus-Lehmann unternehmen es, eine solche zu geben. Dernburg hält sogar die aus § 903 BGB. sich ergebenden Befugnisse des Eigentümers einer Definition für gleichbedeutend.

[41] Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 132.
[42] Matthiass, Lehrb. d. bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 34.
[43] Planck a. a. O. Bd. 3 S. 129, 130.
[44] Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 195.

Allen ist gemeinsam, dass sie weder das Eigentum ausdrücklich als „absolut", „abstrakt", „ausschliesslich" bezeichnen, noch auch — mit Rücksicht auf die Beschränkungen — den erläuternden Zusatz machen, dass das Eigentum „an sich", „seinem Inhalt nach" usw.[45] jene Begriffsmerkmale trage. Die reine römisch-rechtliche Auffassung ist von CROME und MATTHIASS ausdrücklich abgelehnt. Bei den anderen ergibt sich dies aus der Fassung „es sei denn", „soweit als" usw. Jedenfalls beweisen sie alle, dass sie bei der Begriffsbestimmung von den Schranken des Eigentums ausgegangen sind und nicht umgekehrt das Eigentum als unbeschränkt hingestellt und dann auf rein formale Weise die Beschränkungen von aussen her konstruiert haben.

Was aber die Beschränkungen des Eigentums anbetrifft — abgesehen von den Rechten Dritter — so kann man aus den angeführten Zitaten mit vollständiger Deutlichkeit ersehen, dass sie sich darunter solche durch „Gesetz", durch das positive Recht denken. „Insoweit eine Beschränkung nicht aufgestellt wird, gilt das Prinzip, dass der Eigentümer als solcher zu jeder tatsächlichen Verfügung über das Grundstück . . . berechtigt ist; mithin entsteht keinerlei Lücke"[46]. Die Annahme „immanenter" Schranken des Eigentums, welche über die gesetzlich festgesetzten hinausgehen, kann daher nicht gemacht werden. Aus diesem Grunde erscheint es sonderbar, dass mehrere der genannten Autoren gegenüber den polizeilichen Eigentumsbeschränkungen auf dem Standpunkt stehen, dass sie dem Begriffe des Eigentums nicht zuwiderlaufen, ja in ihm enthalten seien.

2. Die Berechtigung der Annahme von angeborenen Be-

---

[45] Bei ENDEMANN könnte dies zweifelhaft erscheinen. Jedoch ist dabei die Verbindung: „innerhalb der Schranken des Gesetzes . . . seinem Inhalte nach" zu beachten.

[46] MUGDAN, Materialien Bd. 3 S. 143.

schränkungen des Eigentums mit Rücksicht auf das Gemeinwesen, im sozialen Interesse, muss in der Tat abgewiesen werden, wenn man den Inhalt des § 903 BGB. näher prüft. Dieser bestimmt, dass der Eigentümer „mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschliessen" kann „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen."

a) Unter „Rechte Dritter" werden persönliche oder dingliche Rechte anderer verstanden[47], z. B. Dienstbarkeiten, Erbbaurecht, Niessbrauch usw. Es sind Fälle, „in denen zunächst ein Recht des Dritten vorliegt, das seinerseits, infolge der ihm eigenen Natur dem Eigentümer von seinen Befugnissen etwas abzieht"[48]. Der Begriff des Eigentumes und damit auch unsere Frage, wird aber davon zu einem gewissen Teile nicht berührt. Wenn im § 903 cit. mit „Rechte Dritter" gesagt sein soll, dass das Eigentumsrecht solche nicht ausschliesst, so hat dies mit dem Wesen, dem Begriffe des Eigentums nichts zu tun, insoweit die Rechte aus Willenserklärungen der Beteiligten hervorgehen. Im übrigen beruhen dieselben auf Gesetz und zwar direkt[49]. In dieser Hinsicht kommt ihnen keinerlei Wesensverschiedenheit gegenüber den nunmehr zu nennenden Beschränkungen zu.

b) Es sind die auf „Gesetz" sich gründenden, die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. Diese entstehen ipso jure. Crome sagt von ihnen, dass sie vorliegen, „wo die Rechtsordnung der natürlichen (totalen und ausschliesslichen) Herrschaft des Eigentümers über seine Sache in irgend einer Hinsicht Grenzen setzt, gleichgültig, ob sich daraus Rechte Dritter ergeben". Sie seien „nichts anderes als die immanenten Grenzen des Eigentums. Involvieren diese Schranken entsprechende Rechte Dritter,

[47] Matthiass a. a. O. Bd. 2 S. 35; Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 199.
[48] Crome a. a. O. Bd. 3 S. 268.
[49] Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 205; Planck a. a. O. Bd. 3 S. 129..

so entstehen dieselben doch nur folgerungsweise". „Sie sind etwas sekundäres"[50].

Auch hieraus geht hervor, dass die „Rechte Dritter" gegenüber dem „Gesetz" in der oben erwähnten Beziehung nichts Selbständiges bedeuten. Soweit eine Eigentumsbeschränkung rechtsgeschäftlich, d. h. mit Willen des Eigentümers entsteht und darauf „Rechte Dritter" sich gründen oder als weitere Folge davon entstehen, hat dies mit dem Begriffe des Eigentums nach § 903 BGB. nichts zu tun. Die Rechte Dritter in dem vorstehenden Sinne sind nichts anderes als die Privatrechtsverhältnisse, an die sich nach Grundsätzen des öffentlichen Rechtes die Polizei nicht zu kehren hat. Sie können nur eine Zivilklage begründen. Jedoch „an dem Inhalte des Eigentums können die Beteiligten unmittelbar nichts ändern"[51].

Aus dem oben Gesagten ergibt sich mit Unzweideutigkeit für uns die Berechtigung, den § 903 cit. ohne seine Bedeutung zu verändern, in die Form zu kleiden: Der Eigentümer kann mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen, soweit nicht das Gesetz ein anderes ergibt.

Hieran knüpfen sich wichtige Folgerungen. Wenn § 903 nichts darüber sagt, dass das Eigentum prinzipiell unbeschränkt ist, so geht doch aus den Worten „soweit nicht" ganz deutlich hervor, dass das Eigentum im Zweifel unbeschränkt ist. Die Vermutung spricht also gegen Beschränkungen[52]. Soweit kein Rechtssatz den Inhalt des Eigentums eingeengt hat, soweit ist dieses unbeschränkt[53]. Umgekehrt, wenn solch eine ausdrückliche

[50] Crome a. a. O. Bd. 3 S. 263 Anm. 4.

[51] Planck a. a. O. Bd. 3 S. 7; Fischers Zeitschr. Bd. 29 S. 102.

[52] Gierke a. a. O. Bd. 2 S. 365 bei Anm. 61; Crome a. a. O. Bd. 3 S. 256 bei Anm. 21; Göz, Verwaltungsrechtspfl. in Württbg. S. 362; Planck a. a. O. Bd. 3 S. 131.

[53] Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 139 a. E. Hierzu aber Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 266 Anm. 17.

Beschränkung wegfällt, tritt das Eigentumsrecht von selbst an deren Stelle. Das ist die sogen. Elastizität, Konsolidationslage des Eigentums[54]. Es liegt in ihm die Tendenz, „zum Vollrecht der Sachherrschaft heranzuwachsen“[55]. In dieser Beziehung unterscheidet es sich seinem Wesen nach von den beschränkt dinglichen Rechten, den jura in re (sc. aliena)[56].

Als Rechtssätze, welche das Eigentum beschränken, könnten entweder solche privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art in Betracht kommen. Fragen wir uns zunächst, wie sich der § 903 BGB. zu den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen stellt. Von der herrschenden Meinung wird angenommen, dass die letzteren durch das Wort „Gesetz“ mit inbegriffen seien. Lassen wir die privatrechtlichen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen beiseite, so können wir den oben ausgesprochenen Satz gegenüber den öffentlich rechtlichen Beschränkungen dahin präzisieren: Der Eigentümer kann mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen „soweit nicht“ das öffentliche Recht ein anderes ergibt.

α) Fasst man diese Bestimmung als eine mehr privatrechtliche auf, dann ist ihr Sinn der, dass, **wenn** eine öffentlich-rechtliche Norm existiert, das Eigentumsrecht ihr gegenüber zurücktreten muss. Man könnte aber obiger Fassung auch eine rein öffentlich-rechtliche Seite abgewinnen und

[54] Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 195, 198; Sohm, Institutionen, 13. Aufl. S. 365; Dernburg, Preuss. Privatr. Bd. 1 S. 413 u. Anm. 2 u. 3; Dernburg, Pandekten S. 444 u. Anm.; Cosack a. a. O. Bd. 2 S. 101; Crome a. a. O. Bd. 3 S. 256 Anm. 18 u. 257 Anm. 27; Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 264; Gierke a. a. O. Bd. 2 S. 365; Mugdan a. a. O. Bd. 3 S. 578.

[55] Dernburg, Pandekten S. 446.

[56] Cosack a. a. O. Bd. 2 S. 101 vergleicht dieselben mit den Stauden oder Sträuchern, denen ein starkes Wachstum „von Natur“ versagt sei. Dagegen gleiche ein beschränktes Eigentum einem Baume, der „durch die Scheere des Gärtners“ niedrig gehalten werde.

folgern, dass der Eigentümer **nur in soweit** beschränkt sei, als ein „Gesetz“ öffentlich-rechtlicher Art bestehe[57]. Nach Art. 2 EG. z. BGB. würde im letzteren Falle unter „Gesetz“ jede Rechtsnorm zu begreifen sein. Macht man nun die fast widersinnige Annahme, dass unter „Gesetz“ in gleicher Weise Reichs- und Landesgesetze zu verstehen sind, dann würde also jeder öffentlich-rechtliche Rechtssatz, auch der in Statuten, Verordnungen[58] und „im öffentlich-rechtlichen“ Gewohnheitsrecht enthaltene, dem die partikularrechtliche Geltung neben und gegen geschriebene Rechtssätze durch das Inkrafttreten des BGB. nicht abgesprochen werden kann[59], eine „gesetzliche“ Eigentumsbeschränkung darstellen. Dann erhielten wir schon aus § 903 cit. das äusserst wichtige Resultat — wir werden ihm bei der Betrachtung der öffentlich rechtlichen Seite der Frage wieder begegnen — dass der Eigentümer (ausser privatrechtlichen) Beschränkungen seines Eigentums nur auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Satzes zu dulden habe: Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung.

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, in seinem Privatrechtskodex einen derartig allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Rechtes, auch nicht lediglich mit Rücksicht auf das Eigentum auszusprechen. Die Bedeutung des Wortes „Gesetz“ im § 903 cit. kann also nur den zuerst erwähnten privatrechtlichen Sinn haben, dass es, sich an das Eigentum wendend, bestimmen will, dass

[57] So bei Bornhak a. a. O. S. 24 ff. Seiner Auffassung, dass „die verfassungsmässige Unverletzlichkeit des Eigentums“, die einen Eingriff in dasselbe nur auf gesetzlicher Grundlage zulasse, durch § 903 BGB. Rechnung getragen werde (S. 24) entspricht es allerdings nicht, wenn er gegenüber Art. 109 ff. EG. zum BGB. behauptet, dass es hinsichtlich des öffentlichen Landesrechtes „gar keiner Vorbehalte“ bedurft habe (S. 25).

[58] Rosin, Pol. Verordg.Recht S. 12; Schepp, Das öffentl. Recht im bürgerl. Gesetzb. S. 68.

[59] Stier-Somlo, Einwirkg. d. bürgerl. Gesetzb. auf d. preuss.-deutsche Verwaltungsrecht, 1900 S. 142, 143; Göz a. a. O. S. 155, 156.

das Eigentumsrecht eine Beschränkung durch öffentliche Rechtssätze nicht ausschliesst. Ganz abgesehen davon, dass es nicht in der Absicht des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt, etwas derartig Selbstverständliches auszusprechen, dass nämlich Privatrechte durch das öffentliche Recht eingeschränkt werden können, so ist dies doch andererseits ebenso bedeutungslos. Denn es wäre damit immer noch keine Auskunft gerade über die Frage gegeben, welche Rechtsstellung der Eigentümer gegenüber einem Verwaltungsakt und damit gegenüber polizeilichen Verfügungen einnimmt, die nicht die Ausführung oder Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Norm sind[60].

Die Konsequenz dieser Auffassung ist: Der § 903 BGB. stellt lediglich eine Norm des Privatrechts dar, sodass für den in ihm enthaltenen Begriff des Eigentums auch nur dessen privatrechtliche gesetzliche Beschränkungen von Bedeutung

[60] Wohl lediglich in diesem Sinne führt Planck a. a. O. Bd. 3, S. 131, a. E. aus: „Für die gesetzlichen Beschränkungen kommt in Betracht, dass nach dem EG. Art. 2 unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist. Gleichgültig ist, ob eine Rechtsnorm . . . zu ihrer Ausführung erst noch einer polizeilichen Massregel bedarf. Die Massregel kann in einer allgemeinen Verordnung sowohl, wie in einer Anordnung für den einzelnen Fall bestehen; vorausgesetzt wird nur, dass sie auf Grund eines Gesetzes erfolgt und durch dasselbe gerechtfertigt ist.“ Dabei scheint er aber ganz ausser Acht zu lassen, dass in den meisten Staaten und so auch z. B. in Sachsen die polizeilichen Anordnungen eben nicht auf Grund eines Gesetzes — wenigstens nach der herrschenden Meinung nicht — ergehen. Es fehlt in diesen Fällen tatsächlich jeder Sinn einer Verbindung des § 903 BGB. mit Art. 2 EG. in Anbetracht der polizeilichen Verfügung. Vgl. hierzu Schepp a. a. O. S. 69. Dort wird allerdings angenommen, dass das Eigentum nur insoweit beschränkt sei, als ein öffentlicher Rechtssatz besteht. Das ist wohl für das preuss. Recht auf Grund des § 10 II. 17 ALR. durchführbar, für das sächsische Recht aber so ohne weiteres nicht. Fischers Zeitschr. Bd. 28 S. 59: „Eine „gesetzliche“ Schranke des privatrechtlichen Verfügungsrechts des Eigentümers eines Grundstücks bildet auch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, das Grundstück in einem, gesundheitliche Gefahren für Dritte ausschliessenden Zustande zu erhalten.“

sind. Oeffentlich-rechtliche Momente sind aber dem Eigentumsbegriffe des geltenden Rechtes fremd und daher liegen die Beschränkungen, die von der Polizei zum Schutze der Allgemeinheit geltend gemacht werden, ausserhalb des Eigentumsbegriffes des positiven Rechtes. Sie verlangen infolgedessen eine besondere juristische Begründung durch das öffentliche Recht.

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat aber an zwei Stellen auf öffentlich-rechtliche Beschränkungen verwiesen. Es sind die Art. 109 und 111. Jener bezieht sich auf die Enteignung, dieser auf die Eigentumsbeschränkungen. Die „Enteignung" unterscheidet sich von der blossen „Beschränkung" dadurch, dass sie vorgenommen wird, um eine Verfügungsgewalt, m. a. W. Rechte (Eigentum oder dingliche Rechte) an einer Sache zu begründen zwecks Erfüllung eines öffentlichen Interesses[61].

Bei den behördlichen, insbesondere polizeilichen Eigentumsbeschränkungen „fehlt vollständig das für die Enteignung wesentliche Moment der Begründung neuer Rechte[62]. Hierüber bestimmt Art. 111 Einf. Ges. z. Bürgerl. Gesetzbuch: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken".

Art. 111 cit. betrifft nur „landesgesetzliche Vorschriften" d. h. öffentliche Rechtssätze, mögen sie auf geschriebenem (Gesetz, Statut, Verordnung) oder auf ungeschriebenem Recht beruhen. Denn das öffentlich-rechtliche partikulare Gewohnheitsrecht ist durch das BGB. unberührt geblieben[63].

Die landesgesetzlichen Vorschriften müssen ferner im „öffent-

[61] Vgl. Layer, Prinzipien d. Enteignungsrechtes 1902 S. 14, 21.
[62] Layer a. a. O. S. 41.
[63] Siehe oben bei Anm. 59.

lichen Interesse“ ergehen. Ein blosses nachbarliches Interesse genügt also nicht. Es darf nicht durch Beschränkung des Rechtes des einen Eigentümers ein Recht oder ein Vorteil lediglich für einen anderen begründet werden[64].

Endlich handelt Art. 111 von Beschränkungen „in Ansehung tatsächlicher Verfügungen“. Nur der „Eigentumsinhalt“ (Gierke), das tatsächliche Verfügungsrecht des Eigentümers fällt somit unter die Bestimmung. Ein allgemeiner Vorbehalt gegenüber rechtlichen Verfügungen ist aber zu gunsten der Landesgesetzgebung nicht gemacht, weil diese dem Inhalte der dinglichen Rechte und ihrer Abgrenzung von einander völlig den Boden entziehen könnte[65]. Es muss aus diesem Grunde auch gegenüber den polizeilichen Verfügungen daran festgehalten werden, dass diese im allgemeinen gegen rechtliche Verfügungen des Eigentümers ihr Vorgehen nicht richten dürfen.

Aber das Wichtigste liegt bei alledem in den Worten „unberührt bleiben“. Sie sagen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Eigentums prinzipiell unangetastet lässt. Dadurch wird auch unsere Ansicht gestützt, dass diese Einschränkungen bei der Begriffsbestimmung des Eigentums irrelevant sind, dass das Bürgerliche Gesetzbuch das Eigentum nur vom privatrechtlichen Standpunkte aus regelt. Ausdrücklich bemerken die Motive zu § 903: „Die Freiheit der Landesgesetzgebungen, durch Polizeigesetze das nachbarliche Zusammenleben zu ordnen, wird durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes, ohne dass es eines Vorbehaltes bedürfte, nicht berührt“[66]. Die Bestimmung des Art. 111 cit. will lediglich besagen, „dass die Gültigkeit

---

[64] Vgl. Bornhak, Das preuss. Verw.Recht und das BGB. Verw.Arch. Bd. 8 S. 1 fg., dort S. 26 ff.

[65] Vgl. Niedner, Einführungsgesetz S. 191.

[66] Motive Bd. 3 S. 259.

von Verfügungen, wie sie sich in Polizeiverordnungen, Bauordnungen, Ortsstatuten finden, nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass sie einen Eingriff in das Privateigentum enthalten“[67].

β) Es fragt sich aber weiter und damit kommen wir auf die gesetzlichen privatrechtlichen Beschränkungen des Eigentums, was man überhaupt unter Eigentum zu verstehen hat. Darauf muss mit Biermann geantwortet werden: „Eigentum ist das, was das positive Recht als Eigentum ansieht und es reicht nicht weiter, aber auch soweit, als es das positive Recht reichen lässt“[68]. Es fragt sich daher nunmehr: Wie weit lässt das geltende Recht das Eigentum reichen? Die Antwort darauf lautet: Bis an die Schranken, die es ihm errichtet hat[69].

Nach den früheren Erörterungen muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass zwei Momente dem Eigentumsbegriffe wesentlich sind: die (regelmässige) Beschränktheit verbunden mit der Elastizität. Diese beiden Momente werden von Endemann durch die Definition wiedergegeben: „Eigentum ist die innerhalb der Schranken des Gesetzes ... bestehende, ihrem Rechtsinhalte nach unbegrenzte Herrschaft über eine Sache“[70].

Es fragt sich daher: Hat sich der Staat, hat sich die Polizei, wenn sie dem „Eigentum“ gegenübertritt, an die regelmässig vorhandenen privatrechtlichen gesetzlichen Beschränkungen desselben zu kehren oder nicht?

Diese privatrechtlichen gesetzlichen Schranken beziehen sich entweder direkt oder indirekt auf das Eigentum. Direkte Beschränkungen sind diejenigen, die „eigentumsrechtliche

[67] Gallenkamp, Fischers Zeitschr. Bd. 21 S. 29, 30.

[68] Biermann, Privatrecht und Polizei in Preussen 1897 S. 121.

[69] Planck, a. a. O. Bd. 3 S. 129 meint, dass die Frage, ob in die Definition des Eigentums die Beschränkungen mit hineinzuziehen sind, kaum mehr als theoretische Bedeutung hat; vgl. aber auch a. a. O. S. 137.

[70] Siehe oben bei Anm. 40. Die „Berechtigungen anderer“ sind hier aus den oben angeführten Gründen weggelassen.

Bestimmungen“ darstellen, indirekte solche, die sich „auf Rechte aller Art und daher auch auf das Eigentum beziehen“ [71]. Die direkten Beschränkungen beziehen sich entweder auf das Eigentum überhaupt (z. B. § 904 BGB.) oder auf das Eigentum an Grundstücken insbesondere (§ 905 ff. BGB.). Die letzteren enthalten vor allem das sogen. Nachbarrecht. Sie können auch durch andere Reichsgesetze oder durch Landesgesetze begründet sein (vergl. z. B. Art. 59, 119, 124 E.G. z. B. BGB.). Zu den indirekten privatrechtlichen gesetzlichen Beschränkungen sind u. a. zu rechnen das Schikaneverbot (§ 226 BGB.), das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.), die Notselbsthilfe (§ 228 BGB.) usw.

Fragt man nun, welche Normen man als Schranken des „Eigentums“ anzusehen hat, so gehören dahin unbedingt die direkten privatrechtlichen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. Sie „enthalten in Wirklichkeit nicht sowohl Beschränkungen als vielmehr die Grenzen des Eigentumsbegriffs“ [72]. Das ist durch Art. 124 des E.G. z. BGB. gesetzlich anerkannt, indem die Einschränkungen als Beschränkungen des „Eigentums“ hingestellt werden [73].

Aber auch die indirekten privatrechtlichen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind als „immanente Grenzen des Eigentums“ zu betrachten. Sie betreffen nur die Ausübung der Rechte im allgemeinen, während jene sich auf das Eigentumsrecht im besonderen beziehen [74].

[71] Crome a. a. O. Bd. 3 S. 269; Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 199 stellt Einschränkungen „allgemeiner“ und „besonderer“ Art gegenüber. Biermann a. a. O. S. 122 unterscheidet zwar „unmittelbare“ und „mittelbare“ Einschränkungen, rechnet aber zu letzteren auch die polizeilichen Beschränkungen des Eigentums. Dadurch wird aber Privatrecht und öffentliches Recht im Sinne der herrschenden Meinung nicht auseinander gehalten.

[72] Ihering bei Stier-Somlo a. a. O. S. 321 Anm. 74; vgl. auch Dernburg, Pandekten S. 464 Anm. 6.

[73] Planck a. a. O. Bd. 3 S. 137 Anm.

[74] Vgl. vorhergehende Seite Anm. 71; Planck a. a. O. Bd. 3 S. 130.

Es würde daher im gegebenen Falle das auf den sogen. „Neidbau“ sich beziehende Schikaneverbot nach § 226 BGB. auch als Beschränkung des Eigentums aufzufassen sein [75].

Die Frage, ob die Staatsgewalt an die privatrechtlichen gesetzlichen Beschränkungen sich zu kehren habe, ist also aus den vorstehenden allgemeinen Erwägungen heraus zu bejahen. „Eigentum ist das, was die Gesetze als Eigentum anerkennen, und das gesetzliche Eigentum ist immer ein beschränktes.“ „Denn durch die Beschränkungen . . ., welche „gleichsam dem Privateigentum eingeboren“ sind, werden der Ausdehnung des Eigentums positive Grenzen gesteckt, und die Rechtsordnung erkennt den Gebrauch des Eigentums als Recht nur soweit an, als diese Grenzen reichen“. „Die Rechte . . ., deren Ausübung dem Eigentümer durch die gesetzliche Festsetzung von Einschränkungen versagt ist, fallen nicht unter den Begriff des Eigentums, wie er vom Gesetz anerkannt wird“ [76].

Nun ist aber darauf hinzuweisen, dass damit die gedachten Eigentumsbeschränkungen keinen öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Sie bleiben privatrechtliche. Sie bestimmen lediglich die Individualrechte, denen die Staatsgewalt gegenübersteht. Es ist unmöglich — so lange das staatliche Vorgehen nicht gerade darauf gerichtet ist, solange sein Zweck dies nicht direkt erheischt — „durch die Einwirkung der öffentlichen Gewalt eine Aenderung civilrechtlicher Verhältnisse zwischen den Untertanen hervorzubringen“ [77]. Also kann davon nicht die Rede sein, dass die Polizei den „Eigentümer als Vertreter seiner Sache nach aussen hin“ zu verpflichten berechtigt sei. Es wäre ja sehr praktisch, auch zivilrechtlich den

[75] Vgl. hierzu Mugdan a. a. O. Bd. 3 S. 143.

[76] Vgl. hierüber Biermann a. a. O. S. 184 ff.

[77] Vgl. Otto Mayer, D. Verw.-Recht Bd. 1 S. 146; v. Sarwey, Das öff. Recht u. d. Verw.rechtspfl. S. 626 ff.

Eigentümer einfach für alles haftbar zu machen, was mit der Sache und durch die Sache geschieht, „lediglich weil er Eigentümer ist“. Genau so ist auch der Eigentümer zur Erhaltung seines Eigentumes in einem die Allgemeinheit nicht verletzenden Zustande — vom Eigentumsrechte aus betrachtet — schlechthin keineswegs verpflichtet.

Wenn man die privatrechtlichen gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums prüft, die gegenüber der Polizei praktisch von Bedeutung werden können, so sind es die des Nachbarrechts, welches „die Verhältnisse des Einzelnen zu seinem Nachbar regelt“ [78]. Das Verhalten des Eigentümers muss also „über die Grenze hinaus“ wirksam sein, und zwar so, dass bestimmte Dritte diese Wirkung verspüren. Der Eigentümer ist nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung allerdings „regelrecht befugt, innerhalb der Grenzen seines Grundstückes zu schalten und zu walten, ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Nachbarn“ [79]. Wollte man aber dies Prinzip ausnahmslos durchführen, dann wäre ein Zusammenleben überhaupt nicht möglich. Denn indem der einzelne von seinem Eigentumsrechte Gebrauch macht, sind regelmässig Nachteile für seine Nachbarn damit verbunden. Das Nachbarrecht „setzt zu diesem Zwecke dem Eigentum Grenzen und legt den Eigentümern Verpflichtungen auf“ [80].

Wenn also § 903 BGB. bestimmt, dass der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren kann, also unbeschadet der daraus sich ergebenden Nachteile für Dritte — die sogen. positive Seite des Eigentums —, umgekehrt aber, dass der Eigentümer andere von jeder Einwirkung auf seine Sache ausschliessen kann, mag eine solche auch mit der Ausübung des fremden

[78] Gallenkamp a. a. O. S. 17.
[79] Dernburg, Pandekten S. 466.
[80] Dernburg, Pandekten S. 464.

Eigentumsrechtes im Zusammenhange stehen — die sogen. negative Seite des Eigentums —, so liegt darin ein Widerspruch[81]. Das Nachbarrecht beseitigt denselben und schafft eine Harmonie der sich entgegenstehenden Interessen der einzelnen Eigentümer. Dort also, wo eine nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung vorliegt, handelt es sich um die Abgrenzung des Eigentumsrechtes des einen gegen das eines anderen.

Aus der Natur des Nachbarrechtes geht insbesondere hervor, dass die privatrechtlichen Beschränkungen des Eigentums der Polizei gegenüber wirksam sind. Gesetzt den Fall, das Grundstück des A wirke über die Grenze hinaus auf das des B ein, und zwar so, dass dadurch das letztere in eine polizeiwidrige Beschaffenheit gerät. Nimmt man an, dass das Eigentum losgelöst von seinen gesetzlichen Beschränkungen zu betrachten sei, sodass diese der Polizei gegenüber ohne Bedeutung sind, dann müsste entweder der römischrechtliche Eigentumsbegriff akzeptiert oder das Eigentum „an sich" für unbeschränkt erklärt werden. Abgesehen davon, dass dies mit dem herrschenden Eigentumsbegriffe nicht in Einklang stünde, müsste in diesem Falle sowohl A als auch B als Rechtssubjekt hingestellt werden: der eine auf Grund der positiven, der andere auf Grund der negativen Seite seines Eigentums[81a]. Das wäre aber nicht allein widersinnig, sondern es entspräche auch der klaren und deutlichen Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches: soweit nicht das Gesetz entgegensteht[82].

Der in der Rechtsprechung anerkannte Satz, dass sich die Polizei an Privatrechtsverhältnisse nicht zu kehren hat, bleibt davon unberührt. Denn dies sind entweder rechtsgeschäftlich

[81] Die Forderung: innerhalb der Grenzen des Grundstücks sei nur von der positiven Seite Gebrauch zu machen, heisst nichts anderes, als unter Berücksichtigung von § 905 BGB.

[81a] Vgl. vorige Anm. und Mugdan a. a. O. S. 143.

[82] Vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 139.

begründete Rechte zwischen Privaten oder solche Rechtssätze, die ihrer Natur nach als Grundlage für die Tätigkeit der öffentlichen Gewalt ausgeschlossen sind. Das ist aber hier nicht der Fall. „Das BGB. kennt gesetzliche und vertragsmässige Beschränkungen des Eigentums[83]. Von ersteren regelt es aber nur einzelne Einschränkungen, welche (ergänze: hauptsächlich) im Interesse des Nachbarrechts, also im privaten Interesse erfolgen“[84]. Wenn also zwischen Nachbarn vertragsmässig Abmachungen getroffen werden, und mögen diese auch bezwecken, eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung wirkungslos zu machen, so stellt dies ein Verhältnis dar, welches für das Einschreiten der Polizei ohne Bedeutung ist. Hier handelt es sich jedoch um Rechtssätze, die ebenso wie z. B. die allgemeinen Bestimmungen über Personen, Verjährung, Vertretung usw. in gleicher Weise auf das öffentliche Recht wie auf das Privatrecht anwendbar sind. Auf das Polizeirecht sind vor allem diejenigen Normen nicht anwendbar, die eine Culpahaftung statuieren. Das gilt aber von den nachbarrechtlichen Bestimmungen im allgemeinen nicht. Es bleibt also dabei, dass, wo dem Eigentümer eine privatrechtliche gesetzliche Schranke errichtet ist, der Eigentümer auch öffentlichrechtlich nicht mehr verpflichtet sein kann.

Wenn wir also nach dem Resultate der privatrechtlichen Seite unserer Untersuchung fragen, so kann es nur lauten: Das Eigentum des geltenden Rechtes ist zwar prinzipiell unbeschränkt, aber regelmässig beschränkt. Diesem Begriffe sind öffentlichrechtliche Momente fremd. Das Eigentum ist lediglich ein Privatrecht. Als gesetzliche Beschränkungen, die für den Eigentumsbegriff von Bedeutung sind, kommen nur die des Pri-

[83] Vgl. hierüber oben S. 282 f.

[84] Niedner a. a. O. 191.

vatrechts, und zwar hauptsächlich die des Nachbarrechts in Betracht. An diese hat sich die Polizei bei ihrem — nach öffentlichem Rechte zu beurteilenden — Eingreifen zu kehren.

§ 3. Die öffentlichrechtliche Seite der Frage: I. Die Staatsgewalt überhaupt.

Es gilt nunmehr nachzuweisen, wie das öffentliche Interesse gegenüber dem Eigentum zur Geltung gebracht werden kann. Die Antwort darauf gibt allein eine Betrachtung der öffentlichrechtlichen Seite der Frage.

Die heutige Staatsgewalt hat ihre Anfänge genommen in den Territorien, dem „Staate der landesherrlichen Hoheitsrechte“[85]. In diesem kamen dem Landesherrn verschiedene Befugnisse zu, sogen. Hoheitsrechte[86], deren jedes auf einem besonderen (Privat-) Rechtstitel beruhen musste. Gerichtsbarkeit, Zollrecht, Münzrecht, Judenschutz bieten Beispiele dafür.

Durch allerhand Umstände gefördert, vollzog sich allmählich der Prozess der Vereinigung fast aller denkbaren Rechte in der Hand des Monarchen. Er erlangte eine absolute Gewalt. Dieser Rechtszustand bildet den allumfassenden Polizeistaat des 17. und 18. Jahrhunderts. Er kennzeichnet sich durch seine Allmacht. Diese reicht soweit, als ihr nicht Rechte des Staatsbürgers entgegentreten[87]. Der staatlichen Herrschaft kommt grundsätzlich die Freiheit zu, der einzelne aber ist prinzipiell beschränkt, soweit er eben nicht „wohl erworbene Rechte“ gegen den Staat besitzt. Die Begründung dieser Allmacht des Staates liegt in der Beförderung der irdischen Glückseligkeit der Untertanen. Alles, was diesem Zwecke dient, kann und soll der

[85] Ueber das Nachstehende vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 23 ff.

[86] Eine Analogie zu diesen Rechten schafft Gierke, D. Privatr. Bd. 2 S. 407 ff. Er spricht von einer „Militärhoheit“, „Telegraphenhoheit“, „Forsthoheit“, „Berghoheit“, „Wegehoheit“ des modernen Staates.

[87] Götz a. a. O. S. 171.

Staat tun. Jedoch darüber gibt es keine gesetzlichen Bestimmungen und keine Kontrolle. „Es ist eine Verwaltung nur nach Zweckmässigkeitsrücksichten; die eigene Ueberzeugung der Verwaltungsorgane von der Nützlichkeit ihres Tuns ist die einzige Schranke der administrativen Gewalt“ [88].

Die Revolutionen haben mit diesem Zustande brechend den Rechtsstaat vorbereitet. „Die unbedingte Uebermacht der Staatsgewalt“, die den Polizeistaat kennzeichnet, ist auch dem modernen Staate eigen [89]. Aber für die Handhabung der hoheitlichen Gewalt ist die Form des Rechtes massgebend geworden.

Dieser Grundsatz darf nicht negativ gefasst werden, wie v. Sarwey [90] annehmen zu müssen glaubt: die Verwaltung könne alles verlangen, woran sie durch das Gesetz nicht verhindert sei. Vielmehr soll damit eine positive Seite bezeichnet sein, dass „wenn die Verwaltung befehlen und zwingen, in die Freiheit des einzelnen eingreifen, sein Eigentum beschränken oder in Anspruch nehmen will“, sie das alles nur darf, „soweit ein Gesetz sie dazu ermächtigt“ [91]. „Jeder Verwaltungsbefehl muss daher auf einem Gesetze beruhen, welches die Regierung mit der Befugnis ausstattet, eine derartige Leistung, Handlung oder Unterlassung

[88] Anschütz, Lücken i. Verfass. u. Verwaltungsgesetzen. Verw.Arch. Bd. 15 S. 325.

[89] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 53.

[90] v. Sarwey, Allg. Verw.Recht S. 32, entschiedener S. 36; dagegen Rosin in Schmollers Jahrb. Bd. 9 S. 1006 ff.; G. Meyer i. Hirths Annalen 1878 S. 383; auch im Staatsrecht 6. Aufl. 1905 ist dies noch aufrecht erhalten: „die Verwaltung darf daher nicht bloss dasjenige tun, wozu sie das Gesetz ausdrücklich ermächtigt, sondern alles, was ihr nicht durch Gesetz untersagt ist.“ Dazu aber Anm. 2: „die Verwaltung kann allerdings nur auf Grund eines Rechtsatzes tätig werden. Aber es ist nicht für jede einzelne Tätigkeit ein spezielles Gesetz erforderlich. Die Befugnis zum Handeln kann auch in der „allgemeinen Rechtsstellung der Verwaltung“ begründet sein.“ Vgl. hierzu auch Fricker, Einwirkg. d. Erscheinens einer Verf.Urk. a. d. bestehenden Recht. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 43, S. 1 ff., insbes. S. 30 ff.

[91] Anschütz a. a. O. S. 325.

von den Untertanen zu verlangen". „Das ist das Merkmal des Rechtsstaates, dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes" [92].

Demgemäss leistet auch die Ansicht von Otto Mayer den rechtsstaatlichen Auffassungen nicht in vollem Masse Genüge. Er meint, mit Rechtsstaat solle etwas bezeichnet werden, „was noch nicht ist, jedenfalls noch nicht fertig ist, was erst noch werden soll". Zwar sei das Charakteristische des Rechtsstaates die „in der Weise des Rechts bestimmte Verwaltung", dies könne aber nur heissen, die Verwaltung müsse „möglichst durch Rechtssätze gebunden werden" [93]. Man kann dies so auffassen, dass die Verwaltung möglichst „speziell" gebunden sein müsse. Otto Mayer meint dies aber im Hinblick auf die staatliche Tätigkeit, welche den Untertanen gegenüber, ohne dass sie sich auf einen Rechtssatz gründet, ausgeübt wird. So ist es ihm möglich, auch für das wichtigste Gebiet, die Polizei, jene Forderung aufzugeben: „ohne gesetzliche Grundlage kann die Störung der guten Ordnung mit unmittelbarer Gewaltanwendung abgewehrt werden" [94]. Denn, so behauptet er, hier sei noch eine „bereits bestehende Pflicht", eine „allgemeine Untertanenpflicht" vorhanden [95].

Unser moderner Staat stellt aber seiner Art nach einen vollendeten Rechtsstaat dar, in welchem auf seiten der Untertanen keine naturrechtlichen „Pflichten" mehr existieren, auch nicht für die Polizei. Es besteht nur die selbstverständliche

[92] Laband, Staatsrecht Bd. 2 S. 173, 180.

[93] Vgl. hierüber Otto Mayer Bd. 1 S. 53 ff.

[94] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 252.

[95] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 272 u. Anm. 2. Dort wird vom „Polizeibefehl", der sich von den anderen Arten obrigkeitlicher Befehle dadurch unterscheidet, „dass er erlassen wird zur Geltendmachung der allgemeinen Untertanenpflicht" (Bd. 1 S. 271) gesagt: „der oberste Satz, von dem alles ausgeht, ist darnach der: kein Polizeibefehl kann gültig erlassen werden ohne gesetzliche Grundlage, d. h. anders als durch Gesetz oder mit gesetzlicher Ermächtigung."

eine grosse Gehorsamspflicht gegenüber dem auf Rechtssätze sich gründenden staatlichen Willen[96]. „Wir leben . . . in einem Staatswesen, das ganz Rechtsstaat ist und in dessen Gesetzeslücken nicht etwa der alte Polizeistaat fortlebt oder sich da wieder einnisten darf“[97]. Die Verwaltung hat demgemäss ausschliesslich nach Gesetzen zu erfolgen. Nur dann besteht ein wirkliches Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung.

Nach diesem ist „dem Staatsbürger gemäss seiner natürlichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit rechtlich im Staate alles erlaubt, solange nicht gesetzmässige Verbote und Einschränkungen erfolgen“[98]. Dies wird durch die Verfassungen bestätigt. Sie garantieren in der Regel die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person und des Eigentums[99]. Mag man nun diese Bestimmungen juristisch auffassen, wie man will[100], so geht daraus doch sicher hervor, dass sie „Schranken der Regierungsgewalt“ sind[101]. „Die Freiheitsrechte oder Grundrechte . . . bilden Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sie sichern dem einzelnen seine natürliche Handlungsfreiheit im bestimmten Umfange . . .“[102] Durch die Verfassungen wird also anerkannt, dass der moderne Rechtsstaat das Einzelrecht prinzipiell nicht antasten will und dass im Zweifel die Präsum-

---

[96] Vgl. hierzu Gerber, Grundzüge d. d. Staatsrechts S. 48, 49 insbes. Anm. 48: „Also sind die Verpflichtungen . . . nicht Verbindlichkeiten, welche auf individuellen Obligationsgründen beruhen, sondern sind nur verschiedene Aeusserungen eines organischen Subjektionsverhältnisses.“

[97] Anschütz a. a. O. S. 325.

[98] Göz a. a. O. S. 171.

[99] Vgl. Preuss. Verf.Urk. Art. 9; Sächs. Verf.Urk. § 27.

[100] Rönne-Zorn, Preuss. Staatsrecht S. 150; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 799 und die dort Anm. 1 zitierte Literatur.

[101] Zachariä, Staatsrecht Bd. 1 S. 443 Anm. 1.

[102] Laband a. a. O. Bd. 1 S. 138 vgl. auch die dort Anm. 1 u. 2 angeführte Literatur.

tion für die Individualrechte spricht[103]. Daher muss auch das Eigentum dem Staate gegenüber als prinzipiell unbeschränkt hingestellt werden.

Die positiven öffentlich-rechtlichen Normen sind in erster Linie Gesetzesrecht (d. i. „gesetztes" Recht). Es kann enthalten sein in Reichs- oder Landesgesetzen, es kann konstitutionelles oder vorkonstitutionelles Recht sein, es kann vom Gesetzgeber selbst aufgestellt oder infolge Delegation als verordnungsmässiges oder statutarisches Recht auftreten, es kann schliesslich als spezialisierte Bestimmung oder allgemeiner Grundsatz die staatliche Tätigkeit begrenzen[104].

Den weitgehenden Ermächtigungen der Behörden hat man jedoch diese rechtsstaatliche Bedeutung abzusprechen versucht[105]. Wir müssen aber daran festhalten, dass jeder Rechtssatz gleichmässig die Behörde bindet, wie weit auch der Spielraum des freien Ermessens ist. Alle (selbständigen) Rechtsnormen sind Gebote und Verbote und als solche absolut bestimmte oder relativ bestimmte[106]. Die letzteren kommen vor allem im Verwaltungsrecht vor[107], besonders als „Ermächtigungen". „So verkehrt es auch sein dürfte leugnen zu wollen, dass alle Verwaltung, die Verwaltung im engsten Sinne nicht ausgenommen die Ausführung von Rechtsnormen darstellt, so gewiss können die Verwaltungsrechtsnormen im engeren Sinne nur verhältnismässig selten anordnen, was unter bestimmten Voraussetzungen geschehen soll; sie müssen sich begnügen, gewisse schlechthin zu

[103] Vgl. hierzu Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 74 Anm. 10; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 801.

[104] Vgl. Anschütz a. a. O. S. 326.

[105] Vgl. oben bei Anm. 90; Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 274 Anm. 3 nennt allerdings den Rechtsstaat „allzu genügsam", „wenn es seiner Forderung auch schon entspricht, dass auf Grund von ALR. II 17 § 10 im Einzelfall beliebig verfügt wird"; vgl. auch a. a. O. S. 252 Anm. 18.

[106] Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 79 ff.

[107] Bierling a. a. O. Bd. 1 S. 80, 81.

beobachtende Formen und Schranken festzusetzen, im übrigen aber auf den jedesmaligen allgemeinen Zweck zu verweisen und das im einzelnen Falle diesem allgemeinen Zwecke Entsprechende zu fordern“ [108].

Neben dem Gesetzesrecht kommt und gerade was unsere Frage anbelangt, heute mindestens in gleichem Umfange Gewohnheitsrecht zur Anwendung. Man kann sogar behaupten, dass dem Gewohnheitsrecht auf öffentlich-rechtlichem Gebiete eine grössere Bedeutung zukommt als auf zivilrechtlichem. Der Grund dafür ist, dass man die Verwaltung, wie sie der Rechtsstaat vom Polizeistaat übernommen hat, nicht plötzlich durch Rechtssätze binden konnte. Der Polizeistaat war gewöhnt, solche bei seiner Tätigkeit nicht zu beobachten. Er kannte nur Beamteninstruktionen. Wenngleich man diese stillschweigend zum Teil als Verwaltungsrechtssätze gelten liess [109], so war doch immerhin ein weiter Spielraum, ein „Vacuum“ (Stier-Somlo), eine (grosse) „unbeabsichtigte Gesetzeslücke“ (Anschütz) vorhanden, wo die Behörden noch immer nach freiem Ermessen tätig wurden. Der öffentlichen Verwaltung und damit auch der Polizei wurde aber durch die Errichtung von Verfassungen ihre Tätigkeit nicht etwa plötzlich unterbunden. „Soweit kein Rechtssatz da ist, wird doch verwaltet und es ist auch gut“ [110]. Aber dem Gedanken des Rechtssaates entspricht das nicht. Er verlangt die rechtliche Gebundenheit der Verwaltung in jeder Beziehung. Soweit für eine vom Polizeistaate her bestehende Tätigkeit der Verwaltung kein Rechtssatz da ist oder geschaffen wird, muss sich ein solcher durch lange, gleichmässige Uebung, die zur Rechtsge-

[108] Vgl. Göz a. a. O. S. 156; Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899 S. 60; Rümelin, Gewohnheitsrecht. Iherings Jahrb. f. Dogm. Neue Folge Bd. 15 S. 153 ff., S. 230.

[109] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 120 ff.

[110] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 131, sagt dies allerdings in Beziehung auf den Rechtsstaat. Vgl. auch Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt Bd. 1 S. 1, 2.

gewohnheit wird, als Gewohnheitsrecht zwischen Staat und einzelnen herausbilden. Das liegt schon in dem „Sollen", in der „Forderung", die in der Idee des Rechtsstaates enthalten ist[111]. Daneben ist allerdings auch im Verwaltungsrechte die Tendenz, die dem Zivilrechte eigen ist, nicht zu verkennen, das Gewohnheitsrecht durch Gesetzesrecht zu verdrängen[112]. Da aber der moderne Staat auf einem grossen Gebiete auch ohne geschriebene Rechtssätze sein Hoheitsrecht geltend macht, muss das Vorhandensein von öffentlich-rechtlichem Gewohnheitsrecht zwischen Verwaltung und einzelnen anerkannt werden; denn mit der Annahme oder der Abweisung seines Vorhandenseins steht und fällt die Behauptung von dem Prinzipe der gesetzmässigen Verwaltung[113].

Die ganz anders geartete Natur des „öffentlich-rechtlichen" Gewohnheitsrechts ist der Grund gewesen, dass man ihm die Existenz gänzlich abgesprochen hat. So sagt v. Sarwey[114] zwar, es könne „prinzipiell nicht abgesprochen werden, dass auch ein die Verwaltung bestimmender Rechtssatz durch die Gewohnheit Gesetzeskraft erlangen kann". Dieses Zugeständnis erfährt aber eine bedeutende Einengung durch eine spätere Bemerkung über die „Gesetzmässigkeit der Verwaltung"[115]. „Doch wird sich Gewohnheitsrecht des hier in Frage kommenden Inhalts nur ausnahmsweise bilden, da die einander entgegenstehenden Ansprüche

[111] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 273 a. E.

[112] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 134.

[113] Trotzdem leugnet die Theorie, die strikte auf dem Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung steht, meist das Vorhandensein von Gewohnheitsrecht. Beim Fehlen von geschriebenen Rechtssätzen wird die Berechtigung der staatlichen Tätigkeit auf „allgemeine Rechtsgrundsätze", „die allgemeine Rechtsstellung" (der Polizei), die „allgemeine Rechtsüberzeugung" u. a. m. zurückgeführt.

[114] a. a. O. S. 19.

[115] a. a. O. S. 33.

des Individualismus und der Verwaltung das Entstehen und die tatsächliche Aeusserung einer gemeinsamen Ueberzeugung erschweren, wenn auch nicht unbedingt verhindern". Dadurch werden aber gerade für das wichtigste Gebiet, um das es sich bei unserer Frage handelt, gewohnheitsrechtliche Normen wieder ausgeschlossen. Sobald der Staat mit seinem Imperium auftritt, soll sich kein Gewohnheitsrecht bilden können.

Den Spuren v. Sarweys ist Otto Mayer gefolgt[116]. Er hält das Gewohnheitsrecht „als das ungesetzte, durch die tatsächliche Uebung, die Gewohnheit erzeugte", an sich für rechtsverbindlich. Aber diese Rechtsquelle sei in Wirklichkeit „nur für einen ganz engen Kreis von Bedeutung". Der Rechtsstaat lässt seiner Meinung nach kein Gewohnheitsrecht aufkommen. Soweit kein Rechtssatz da sei, werde doch verwaltet[117]. „Die Verwaltung ist . . . nicht darauf angewiesen, ein nicht gesetztes Recht in ihrem Gegenstande selbst zu suchen und aufrecht zu erhalten". Er bringt dies sogar in Verbindung mit dem Willen des Gesetzgebers, indem das Fehlen eines Rechtssatzes beweise, „dass die gesetzgebende Gewalt solche Eingriffe nicht zulassen wollte." Er kennt Gewohnheitsrecht nur in einer bestimmten Art, als „alte Gewohnheit" und als „neues Gewohnheitsrecht". Beide sind wesensgleich. Jene soll sich gebildet haben auf dem Gebiete, wo ehemals Zivilrecht galt und damit auch die Rechtsquelle der Gewohnheit. Demgemäss solle sich auch das neue Gewohnheitsrecht nur bilden können, wo sich „die zu ordnenden Verhältnisse der öffentlichen Gewalt mehr in der Weise zivilrechtlicher Verhältnisse gegenüberstehen[118]. Für das reine Unter-

[116] a. a. O. Bd. 1 S. 131 ff., S. 91 u. Anm. 16 S. 272 Anm. 2. Der Ansicht Otto Mayers hat sich angeschlossen Bräuer, Die Belastung der Adjacenten. Arch. f. öff. Recht Bd. 21 S. 523 ff., vgl. dort S. 540 f., 587. Dagegen v. Schultzenstein i. Verw.Arch. Bd. 16, S. 206, 207. Gegen die Ausführungen von Otto Mayer wendet sich Stier-Somlo, Einw. d. bürgerl. Rechts a. d. preuss.-deutsche Verw.R. 1900 S. 120 ff.

[117] Vgl. oben Anm. 110.

tanenverhältnis von Staat und einzelnen, für sogen. „öffentlich-rechtliche Verhältnisse“ ist aber nach Otto Mayer die Entstehung von Gewohnheitsrecht „durch die allgemeinen Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes von selbst ausgeschlossen[119].

Die Ansicht, die v. Sarwey äussert, möchte wohl die Bildung von Gewohnheitsrecht zugeben, wenn nicht Staat und Untertanen entgegenstehende Interessen besässen. Bei genauerem Zuschauen findet sich jedoch, dass auch dem anderen Gewohnheitsrecht auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen[120] Aehnliches entgegengehalten werden kann. Gewiss ist die Macht auf Seiten der Verwaltung ein erschwerendes Moment für die Bildung von Gewohnheitsrecht. Aber wenn man erwägt, dass diese Macht keine Willkür ist und schon im Polizeistaat für das „allgemein Beste“ tätig zu werden hatte[121], dann ist wenigstens die eine Bedingung für die Bildung von Gewohnheitsrecht, die „Uebung“[122] insofern möglich, als die öffentliche Verwaltung bestimmte Zwecke immer in der gleichen Weise durchführt. Auch lässt sich nicht die Behauptung abweisen, dass jene Uebung allmählich die Anerkennung der Verpflichtung[122] und zwar gerade wegen der Ueberzeugung von der Nützlichkeit des staatlichen Einschreitens auch auf seiten der Untertanen im Gefolge hat. Allerdings liegt in den Beherrschten das Streben, die Herrschaft abzuweisen. Das liegt schon in dem Individualismus. Aber so extrem ist selbst dieser

[118] Dieses Gewohnheitsrecht wird als „Observanz“ bezeichnet, das ist ein „Rechtssatz, der innerhalb eines bestimmten Interessenkreises von dessen Teilnehmern in der inneren Ueberzeugung von seiner rechtlichen Notwendigkeit — opinione necessitatis — fortdauernd befolgt worden ist, und zwar unter vorausgesetzter stillschweigender Zustimmung der gesetzgebenden Gewalten“; vgl. Jebens a. a. O. S. 57. Das Gebiet, auf dem sich unsere Untersuchung bewegt, wird aber davon nicht berührt.

[119] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 132.

[120] Vgl. unten § 7.

[121] Vgl. v. Mohl, Die Polizeiwissenschaft Bd. 1 S. 3.

[122] Vgl. unten bei Anm. 142.

nie, dass nicht die Ueberzeugung für ein gewisses Mass staatlicher Eingriffe in die Individualrechte sich Geltung verschaffte[123]. Und das ist das Gebiet, auf dem sich Gewohnheitsrecht für das Verhältnis von Staat und Untertanen bildet.

Den Ausführungen von Otto Mayer ist sodann entgegenzuhalten, dass sie dem Prinzipe der gesetzmässigen Verwaltung wenig Rechnung tragen. Denn wenn „doch verwaltet" werden kann, auch wo ein Rechtssatz fehlt, dann ist das eben noch ein Stück Polizeistaat[124]. Im direkten Widerspruch steht aber dazu die Aeusserung: „wo gesetztes Recht fehlt, da ist das so gewollt"[125]. Dann dürfte die Verwaltung doch auch nichts tun „ohne Rechtssatz"[126]. Allerdings gibt es Fälle, wo das Schweigen des Gesetzes, die Gesetzeslücke ein Reden ist. Es sind beabsichtigte Gesetzeslücken (lex cum tacet, clamat!). Ebenso gibt es aber auch „unbeabsichtigte Gesetzeslücken"[127] und von diesen kann man doch schwerlich sagen, dass sie „gewollt" seien.

Wenn Otto Mayer behauptet[128], dass das verfassungsmässige Gesetz die staatliche Tätigkeit nur für besonders wichtige Gegenstände normiert habe, so mag dies zutreffend sein. Aber daraus folgt noch nicht unbedingt, dass „für alle übrigen die vollziehende Gewalt an sich frei" ist und dass sie „aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes" wirkt. Daran ändert nichts der Hinweis auf den sogen. „verfassungsmässigen Vorbehalt" des Gesetzes[129]. Das ist nach Otto Mayer das vom Gesetz ergriffene Gebiet staatlicher Tätigkeit, auf dem die

[123] Vgl. hierzu Gerber a. a. O. S. 50.

[124] Stier-Somlo, Einw. d. bürgerl. Rechts S. 130.

[125] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 131.

[126] Dies sagt Otto Mayer, wie von der Polizei, so besonders von den öffentlich-rechtl. Eigentumsbeschränkungen; vgl. Bd. 2 S. 185 ff., vor allem Anm. 16; hierzu Anschütz a. a. O. S. 331.

[127] Vgl. Anschütz a. a. O. S. 350 ff.

[128] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 74.

[129] Vgl. hierzu Stier-Somlo, Die Einwirkung . . . S. 129 ff.

Verwaltung ihrer Freiheit beraubt wird. Durch das öffentlich-rechtliche Verhältnisse betreffende Gewohnheitsrecht braucht nämlich der „Vorbehalt“ des Gesetzes keineswegs angetastet zu werden. Man braucht nur die Bildung von Gewohnheitsrecht innerhalb der allgemeinen Schranken des Gesetzes sich entstehend denken. Dazu ist nötig, dass man die weitgehenden Ermächtigungen der Behörden als Gesetz im Sinne der Verfassungen betrachtet[130]. Wenn auch nicht contra legem[131], so kann sich doch mindestens praeter legem auch auf öffentlich-rechtlichem Gebiete Gewohnheitsrecht als Norm für obrigkeitliche Tätigkeit bilden. Es ist ergänzendes Gewohnheitsrecht[132].

Dem gegenüber hält die Befürchtung, „dass die Verwaltung sich die nötigen Rechtssätze durch längere Uebung selbst erzeugen könnte“[133], dass „gewohnheitsmässiges Unrecht“ allmählich zu Recht werden könnte, nicht Stand. Vielmehr liegt darin für die Vergangenheit wie für die Zukunft gerade eine Garantie gegen Willkür in der Verwaltung. Je allgemeiner, je weitgehender die Grenzen für eine staatliche Tätigkeit sind, desto mehr ist die Bildung spezieller Gewohnheitsrechtssätze nötig gewesen und noch nötig[134].

Der formale Standpunkt, dass der Verwaltung die Fähigkeit, Rechtssätze zu produzieren abgehe, entbehrt also jeder inneren Berechtigung. Wenn einer Behörde zur Durchführung

[130] Dies tut aber z. B. Otto Mayer nicht; vgl. oben bei Anm. 105.

[131] Die Möglichkeit der Bildung von derogatorischem Gewohnheitsrecht braucht für den vorliegenden Zweck nicht untersucht zu werden.

[132] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 134 erkennt dies nur für das „neue Gewohnheitsrecht“ an, die Observanz.

[133] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 131.

[134] Stier-Somlo, Die Einwirkung . . . S. 131 sagt, dass „Auslegung, Rechtssätze entwickelnde, aus dem allgemeinen Grundsatze die Besonderheiten ableitende Tätigkeit“ nicht ausgeschlossen sei für die Bildung von Gewohnheitsrecht; vgl. auch a. a. O. S. 132.

öffentlicher Aufgaben autoritative Gewalt verliehen ist, dann soll der gesetzgeberische Wille dem einzelnen Falle genau angepasst werden, weil es der Inhalt, die Natur der Ermächtigung so verlangt[135]. Hat die Verwaltung durch eine lange Zeit währende Anpassung des gesetzlichen Rahmens in unzähligen Fällen denselben in einer bestimmten gleichen Weise und nach bestimmten gleichen Grundsätzen gehandhabt, dann muss angenommen werden, dass durch den bestimmten Inhalt, mit dem die Praxis ihre allgemeinen Ermächtigungen ausgefüllt hat, gerade der Wille des Gesetzes zum Ausdruck gelangt ist.

Die Bildung von Gewohnheitsrecht muss aber auch noch darüber hinaus anerkannt werden. Stier-Somlo hat im Sinne des Prinzipes der gesetzmässigen Verwaltung gegenüber der Ansicht von Otto Mayer ausgeführt[136], dass zwar eine verwaltende Tätigkeit des Staates „auch auf den vom Gesetze freigelassenen Gebieten" denkbar sei, „jedoch nur innerhalb des Rahmens eines formellen Gesetzes, in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des staatlichen Rechts überhaupt". Bei der Begründung von Gewohnheitsrecht geht er aber davon aus, dass „das Problem der Gewohnheit hinsichtlich des Staats- und Verwaltungsrechts von dem auf dem Gebiete des Privatrechts insofern verschieden ist, als es sich nicht um einen historisch zu begründenden Nachweis tatsächlicher Geltung, sondern um eine aprioristische Erörterung über die Möglichkeit zukünftiger Gewohnheitsrechtsbildung handelt[137]. So kommt er auch nur zu der weiteren Behauptung: „wo . . . die gesetzliche breite Basis für eine notwendig werdende Verwaltungstätigkeit f e h l t, wo hiernach ein Vacuum e i n t r i t t, dort kann sehr wohl die Gewohnheit Platz greifen und sich, mit der Ueberzeugung ihrer

[135] Vgl. Fricker a. a. O. S. 30 ff.

[136] Stier-Somlo, Die Einwirkung . . . S. 129 ff.

[137] Stier-Somlo a. a. O. S. 123 a. E.; Seidler, Das Gewohnheitsrecht a. d. Gebiet d. öst. Staats- u. Verw.rechts 1898 S. 548.

Rechtmässigkeit gepaart, zum Rechte erheben“[138].

Es hindert aber nichts, dieses lückenfüllende Gewohnheitsrecht, wie für die Zukunft, so auch für die Vergangenheit wirksam gewesen zu denken[139]. Dadurch sind und gerade für das Gebiet der Polizei[140], eine Menge Normen als „alte Gewohnheit“ entstanden, denen rechtliche Kraft zugestanden werden muss. Die Bildung von Gewohnheitsrecht verstösst auch hier nicht gegen den Willen des Gesetzgebers, gegen den „Vorbehalt“ des Gesetzes. Derartige echte Gesetzeslücken muss man in den vom Polizeistaate her ausgeübten Tätigkeiten der Verwaltung erblicken, solange weder Gesetzesrecht noch Gewohnheitsrecht als Grundlage dafür entstanden ist. So bieten uns — wie alle öffentlich-rechtlichen Gebiete — auch die sogen. „polizeilichen“ Befugnisse vieler deutscher Einzelstaaten Beispiele dafür. Unter dieser Voraussetzung konnte sich somit auch auf den vom Gesetzgeber freigelassenen Gebieten Gewohnheitsrecht bilden, denn aus dem Gesetze geht nicht hervor, dass es einen bestimmten Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen ausschliessen wollte, vielmehr beweisen die ganzen Umstände, dass ein solcher Eingriff zugelassen werden sollte.

Nach den bisherigen Erörterungen wird man die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht mindestens in dem genannten Umfange zugestehen müssen. Eine nähere Untersuchung über die Art der Entstehung muss hier unterbleiben. Laband sagt, dass „die gleichmässige in unzähligen Fällen wiederholte und den Bedürfnissen des Staates entsprechende Geschäftstätigkeit der Behörden erst eine Verwaltungstradition und endlich Sätze des öffentlichen Rechts“ erzeugt[141]. Allerdings wird im einzelnen Falle schwer zu sagen sein, welche Normen man als

[138] Stier-Somlo a. a. O. S. 131.
[139] Stier-Somlo a. a. O. S. 126, 129 a. A.
[140] Vgl. hierüber unten § 4.
[141] Laband a. a. O. Bd. 2 S. 173, 174.

Gewohnheitsrecht und welche man als blosse Verwaltungspraxis zu bezeichnen hat. Im allgemeinen werden für die Bildung von öffentlich-rechtlichem Gewohnheitsrecht dieselben Grundsätze wie für die von privatrechtlichem gelten. Darnach dürfte lange, gleichmässige Uebung (opinio necessitatis) und Anerkennung ihrer rechtlichen Verpflichtung („Rechtsüberzeugung") das Wesentliche sein[142].

Eine besondere Art von Gewohnheitsrecht ist der Gerichtsgebrauch (usus fori)[143]. Wenn auch die „Handhabung des geltenden Rechts und die Aufrechterhaltung des Bestehenden" die Tätigkeit des Richters ausmacht[144], und die Behörde innerhalb[145] des von Gesetz und Gewohnheitsrecht gezogenen Rahmens frei sind und nach Zweckmässigkeitsrücksichten zu befinden haben, so ist doch die Art der Rechtsprechung gerade für das Verwaltungsrecht[146] eine ganz hervorragende Rechtsquelle. Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird jede allgemeine gesetzliche Bestimmung und ebenso jeder öffentlichrechtliche Gewohnheitsrechtssatz auf die tatsächlichen Verhältnisse angewendet. Dadurch ergibt sich einerseits die staatsgewaltfreie Sphäre des ein-

[142] Vgl. hierüber Stier-Somlo a. a. O. S. 133 ff., die Erörterungen üb. den gegenwärtigen Stand der Lehre vom Gewohnheitsrecht, insbes. S. 134: „Nur ein Punkt ist ohne Zweifel: dass als Entstehungsmomente des Gewohnheitsrechts die tatsächliche Uebung und eine Willensübereinstimmung erachtet worden sind". Gierke a. a. O. Bd. 1 S. 165 ff.; Dernburg, Pandekten Bd. 3 S. 57 ff.; Bornhak, Das preuss. Verw.Recht und das BGB. Verw.Arch. Bd. 8 S. 5.

[143] Ueber Gerichtsgebrauch vgl. Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz. Jahrb. f. Dogm. Neue Folge Bd. 13 S. 262 ff.; Bülow, Gesetz und Richteramt 1885; Dernburg, Pandekten S. 62 ff.; Gierke a. a. O. Bd. 1 S. 178 ff.

[144] Fleiner, Einzelrecht u. öff. Interesse S. 22.

[145] Innerhalb dieses Rahmens, nicht ausserhalb desselben, selbst wenn es im öffentlichen Interesse gelegen wäre; Anschütz a. a. O. S. 324, 325.

[146] Vgl. Stier-Somlo a. a. O. 145.

zelnen, die äussere Grenze der betreffenden Norm, und andererseits die Grenzlinie, an welcher das freie Ermessen der Behörde beginnt, der innere Umfang des gesetzlichen Rahmens. Durch die Rechtsprechung erhält jeder Rechtssatz erst seinen eigentlichen „lebensvolleren Inhalt“ (Rosin). Man kann behaupten, dass auf diese Weise in Preussen und neuerdings in Sachsen ein Polizeirecht erst eigentlich geschaffen worden ist, und dies beruht einzig und allein auf „der schöpferischen Kraft der Jurisprudenz“ (Kohler).

Was das Wesen des Gerichtsgebrauches anbetrifft, so ist derselbe „die allgemeine, gleichförmige und langjährige Uebung eines Rechtssatzes durch die Gerichte des Rechtsgebietes“ [147]. „In Deutschland hat man die Erkenntnis der schöpferischen Kraft der Jurisprudenz vielfach durch die Frage getrübt, ob denn die Wissenschaft eine Rechtsquelle sei“. Es ist richtig, dass dem richterlichen Urteile keine allgemein verbindliche Autorität zukommt; denn der staatliche Wille stattet es nur mit bindender Kraft für den einzelnen Fall aus. Aber die in vielen sich wiederholenden Fällen nach den gleichen Rechtsprinzipien ergehenden Urteile erstarken schliesslich zum Gewohnheitsrecht [148]: „Es ist die Autorität des Zeitgeistes, welcher sich durch die kontinuelle Reihe von Richtersprüchen Bahn bricht — denn die Kontinuität der Richtersprüche manifestiert, dass nicht die Auffassung des einzelnen, sondern die Auffassung der Zeit zur Geltung gelangt“ [149].

So kommen wir zu dem Ergebnis: Die Einzelrechte und damit auch das Eigentum sind der öffentlichen Gewalt gegenüber grundsätzlich frei.

[147] Dernburg, Pandekten S. 62; Gierke a. a. O. Bd. 1 S. 178, 179, vgl. auch S. 159.

[148] Vgl. Jahrb. d. sächs. OVG. Bd. 9 S. 200: „jedenfalls kann eine solche Recht schaffende Kraft nur einer sich ständig gleichbleibenden Rechtsprechung zuerkannt werden“.

[149] Kohler a. a. O. S. 295.

Der Eigentümer ist nur insoweit beschränkt als ein öffentlicher Rechtssatz vorhanden ist. Dies kann sein Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch.

§ 4. Die öffentlichrechtliche Seite der Frage: II. Die Polizeigewalt insbesondere.

Wenn die Staatsgewalt überhaupt, entsprechend dem Prinzipe der gesetzmässigen Verwaltung nur auf Grund eines Rechtssatzes, der auf Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch beruht, in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifen darf, dann können auch die Grenzen der polizeilichen Tätigkeit, die sich als staatliche Verwaltung darstellt, nur auf diesen Rechtsquellen beruhen und ein Polizeibegriff[150] kann nur aus ihnen gewonnen werden. Wir glauben jedoch, dass die Wissenschaft diesem Umstande nicht genügend Rechnung trägt. Sie versucht vielmehr auf spekulativem Wege zu einem Begriff der Polizei zu gelangen, um in der Praxis von demselben Anwendung machen zu können. Wenn wir recht sehen, so ist bis auf den heutigen Tag wegen der Grundlagen des positiven Rechts

[150] Stier-Somlo, Die Erhaltung des Eigentums . . . S. 285 geht über diese Frage mit den Worten hinweg, dass wie schwankend auch der Begriff der Polizei sei, es doch ein beschränktes Gebiet gäbe, das als unangefochten gelten könne. Die Frage, „ob der Eigentümer die Pflicht zur polizeigemässen Erhaltung seines Eigentums habe", sei nämlich eine solche, „welche die äussere Ordnung und Sicherheit betrifft". Das Gebiet der letzteren sei aber das ausser Streit befindliche. Deshalb erübrige sich ein näheres Eingehen auf die hinsichtlich des Polizeibegriffs vorhandenen Differenzen. Dieser Schluss ist nicht richtig. Der Zustand in dem der Eigentümer sein Eigentum zu erhalten hat, soll ein „polizeigemässer" sein, d. i. der „dem . . . Verwaltungsrechte entsprechende Zustand" (Stier-Somlo a. a. O. S. 285). Wenn nun der Polizei ein Recht zur Wohlfahrtsbeförderung zustünde, und dieses Recht wird ihr von Rosin für Preussen tatsächlich vindiziert, dann unterliegt eben auch das Eigentum weiteren Beschränkungen als aus der blossen „Ordnung und Sicherheit" sich ergeben.

eine wissenschaftliche begriffliche Formulierung jener Grenzen nicht gelungen.

A. Der Begriff der Polizei in seiner geschichtlichen Entwicklung.

Ueberblicken wir die Lehre vom Polizeibegriff[151], so findet sich, dass der letztere zunächst immer mehr eingeengt wurde. Nachdem das Wort im Zeitalter der Renaissance von Frankreich zu uns gekommen ist, versteht man im 16. und 17. Jahrhundert unter „Polizei" die weltliche Ordnung, die gesamte staatliche Tätigkeit mit Ausnahme der Rechtspflege, die res politiae, im Gegensatze zu den kirchlichen Dingen, den res ecclesiae[152]. Seit dem 18. Jahrhundert kennt der „Polizei"-staat das Wort nur noch im Sinne der heutigen „inneren Verwaltung"[153]. Da diese nur nach Zweckmässigkeitsrücksichten geführt wurde, so charakterisiert sich auch der Polizeibegriff durch das Zweckmoment. Es knüpft sich seit dieser Zeit eine eigentliche Polizeiwissenschaft daran. Was das Naturrecht und die politischen Systeme als das „allgemeine Beste" hinstellten, „für die zeitliche Glückseligkeit der Untertanen förderlich" erachteten, das galt als Staatszweck, Polizeizweck[154]. Eine unerträgliche Bevormundung war die Folge davon[155].

„Diese Omnipotenz erträgt jedoch kein in seinen einzelnen Gliedern bis auf einen gewissen Punkt gleichmässig entwickeltes und durchgebildetes Volk"[156]. So macht sich denn auch in der Theorie, und zwar schon in der zweiten Hälfte des 18. Jahr-

[151] Ueber die Geschichte des Polizeibegriffs vgl. die Literatur bei Stier Somlo a. a. O. S. 279 Anm. 3, sowie S. 281 Anm. 4.

[152] Löning, Art. „Polizei" i. Handw. d. Staatsw. Bd. 6 S. 109; Schilling, Die Entwicklung des Polizeibegriffs i. preuss. Recht Verw.Arch. Bd. 2 S. 474; Meyer-Anschütz, Staatsrecht 1905 S. 556; vgl. auch Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 245.

[153] Schilling a. a. O. S. 475.

[154] Vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 246 Anm. 5

[155] Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt Bd. 2 S. 31.

[156] v. Sarwey, Allg. Verw.Recht S. 16.

hunderts eine Reaktion geltend, indem die damalige Kameralwissenschaft[157] den bereits in der früheren Theorie vorhandenen Gegensatz von Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei zum Ausgangspunkte für die Gewinnung eines den veränderten Verhältnissen entsprechenden Polizeibegriffes benützt. Darnach soll die „Mehrung der Vollkommenheit" der Bürger zwar Staatszweck sein, aber nur durch „Pflege" herbeigeführt werden. Es ist die „Polizei im weiteren Sinne", wie man auch gesagt hat. Die „Polizei im engeren Sinne", die eigentliche Polizei, ist hingegen auf die „Erhaltung des Sicherheitszustandes", die „Fernhaltung und Beseitigung der den Staat und den Einzelnen im Innern bedrohenden Gefahren" gerichtet[158]. Lediglich für diesen Zweck soll der Staat mit Zwang tätig werden können. Die einzelnen Schriftsteller sind dabei mehr oder weniger konsequent[159].

Wenn nun auch die Theorie im allgemeinen den Polizeibegriff mehr und mehr zu verdichten bestrebt war, so ist doch dem gegenüber zu betonen, dass auf die spekulative Weise, den Staatszweck in einen Sicherheits- und Wohlfahrtszweck, die staatliche Tätigkeit in eine erhaltende und fördernde zu zerlegen, ein befriedigendes Resultat für den Polizeibegriff nicht gewonnen werden konnte. Denn jede Verwaltungstätigkeit lässt sich „ebensowohl vom Standpunkte des Negativen, d. h. der Abwehr und der Beseitigung von Mängeln und Unvollkommenheiten, wie vom Standpunkte des Positiven, also der Beförderung des Wohlstandes und der Wohlfahrt, auffassen"[160].

[157] Pütter, Institutione iuris publici germanici 1. Aufl. 1770; Sonnenfels, Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanz, 1. Aufl. 1770; v. Berg, Handbuch des Polizeirechts 1799; Soden, Die Nationalökonomie Bd. 7: Die Staatspolizei nach den Grundsätzen der Nationalökonomie 1817.

[158] Vgl. den viel zitierten § 331 bei Pütter a. a. O.: „Ea suprema potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu reipublicae interno in commune metuenda, dicitur politia. Promovenda salutis cura proprie non est politiae. . ."

[159] Schilling a. a. O. S. 476; Löning a. a. O. 110.

[160] Schilling a. a. O. S. 491, 476, 477; v. Gerber a. a. O. S. 31;

Während aber in der Theorie der Polizeibegriff die beschränkende Richtung auf den Sicherheitszweck erhielt, veränderten sich nach und nach die Grundlagen des Rechtes. Dies geschah zunächst in der Weise, dass neue Normen erlassen wurden. Da bei Aufstellung derselben zumeist die Auffassung massgebend war, welche die jedesmalige Theorie über den Polizeibegriff zutage gefördert hatte — d. h. in der Regel der engere Polizeibegriff — so behielt die doktrinelle Erörterung desselben zunächst ihre volle Bedeutung.

Mit dem zum Durchbruch gelangenden Gedanken des Rechtsstaates tritt aber eine prinzipielle Wandlung ein, indem die bisher ergangenen gesetzlichen Normen auf einen ganz anderen Boden gestellt werden. Durch die konstitutionellen Bewegungen wird das alte staatsrechtliche Gebäude zerbrochen. Die eingetretene Veränderung zeigt sich äusserlich in der Errichtung von Verfassungen. Durch diese wird die Unverletzlichkeit der Individualrechte proklamiert. Der einzelne soll Freiheit und Eigentum ungestört geniessen, es sei denn, dass ein Rechtssatz dem Staate ein Recht zum Eingriff in dieselben gibt.

Worauf stützte sich aber diesem Grundsatze gegenüber die Polizei, für deren Tätigkeit eine allgemeine gesetzliche Grundlage fast überall fehlte? — Die Antwort kann nur lauten, dass sie ihre im Polizeistaate ohne rechtssatzmässige Grundlage ausgeübte Tätigkeit auch beim Fehlen von Rechtssätzen jetzt einfach weiter ausübt. Es hat auch bei der Errichtung von Verfassungen niemand daran gedacht, der Polizei ihre Tätigkeit zu

Stein, Verw.lehre, Teil II S. 72; Bluntschli, Allg. Staatsrecht 2. Aufl. Bd. 2 S. 176, 177; Funke in Weiske, Rechtslexikon, Bd. 8 S. 188; Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 248; Gerland, Der Begriff der Polizei, Arch. f. öff. Recht Bd. 5 S. 15, 16; vgl. hierzu Fischers Zeitschr. Bd. 26 S. 193 ff., wo gesagt wird, dass durch Wohnungsverhältnisse „das wirtschaftliche Fortkommen des einzelnen und die allgemeine Wohlfahrt gefährdet und geschädigt wird."

unterbinden[161]. Polizei war eben dasjenige Gebiet staatlicher Verwaltung, für welches man Rechtssätze nicht so unbedingt forderte, wie z. B. für Enteignung und Finanzzwang. Ihr haftete quasi noch der polizeistaatliche Charakter an und man kann daher „Polizei" als ein Ueberbleibsel des Polizeistaates bezeichnen.

Aber damit war doch unbedingt ein nicht zu beseitigender Widerspruch gegenüber den rechtsstaatlichen Forderungen gegeben. Auf der einen Seite sollten die Verfassungen eine Schutzwand schaffen gegenüber der bevormundenden und befehlenden Staatsgewalt im Polizeistaate. Auf der anderen Seite wurde von diesen selben Verfassungen der Vorbehalt gemacht, dass sie jene staatliche Gewalt, die sich als polizeiliche charakterisiert, unberührt weiter bestehen lassen wollten. Die Wissenschaft knüpfte an das letztere an und bemühte sich daher in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts weiter, in der hergebrachten Weise die Lösung der Frage nach dem Polizeibegriffe zu finden. Es herrschten aber die verschiedensten Ansichten[162], die über den — allerdings praktisch wertlosen[163] — Unterschied zwischen Erhaltung und Förderung, Sicherheit und Wohlfahrt im allgemeinen nicht hinausgelangten.

Aber der angedeutete Widerspruch musste sich umsomehr bemerkbar machen, je weiter der Rechtsstaat fortschritt. Die Gegenstände der polizeilichen Tätigkeit werden je länger je mehr durch Edikte, Erlasse, Verordnungen fixiert. Obgleich ursprünglich mit Instruktionscharakter ausgestattet erlangen dieselben im konstitutionellen Staate die Bedeutung von Gesetzen, gemäss deren der Staat auf dem Gebiete der inneren Verwaltung Freiheit und Eigentum beschränken darf. So kommt es denn, dass in der Literatur das Zweckmoment zurücktritt. Es muss zurücktreten, da durch eine jede Veränderung des positiven Rechts,

[161] Vgl. oben bei Anm. 140.

[162] Wolzendorff a. a. O. Bd. 2 S. 63 ff.

[163] Vgl. oben bei Anm. 160.

die sich nicht innerhalb des hergebrachten Polizeibegriffs hält, dieser hinfällig wird. Die Literatur in der Folgezeit betont daher das Zwangselement als das für die Polizei wesentliche.

Man führt diese neue Richtung mit Recht auf Bluntschli zurück. Er sagt: „Wie schon der Name Polizei deutlich darauf hinweist, ist sie eine ganz spezifische staatliche und obrigkeitliche Gewalt . . . Sie ist in ganz besonderem Sinne Gewalt[164]. Nun ist allerdings richtig, dass Bluntschli auch den Zweck der polizeilichen Tätigkeit berücksichtigt, und er nennt in dieser Hinsicht die Polizei „obrigkeitliche Sorge für die öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt in ihren täglichen Bedürfnissen“[165]. Er gibt auch an, wie die Polizeigewalt näher zu begrenzen ist. Aber trotz alledem, ja man kann sagen gerade deshalb steht er — wie wir weiter unten sehen werden — im Gegensatz zu der modernen Auffassung. Die ganze Art, wie er den Polizeizweck und die Grenzen der polizeilichen Tätigkeit diskutiert[166] beweist, dass er hinsichtlich dieses Zweckes noch ganz auf dem Boden der alten Polizeiwissenschaft steht.

Die Theorie nach Bluntschli knüpft an das Zwangsmoment an und löst dieses vom Zweckmoment immer mehr los. Man kann daher eine Art Rückbildung beobachten, insofern der Polizeizweck allmählich zurücktritt. So steht schon L. v. Stein mit seiner Ansicht von dem „immanenten Prinzip“ der Verwaltung auf dem Standpunkt, dass der Zwang für den Polizeibegriff massgebend ist, wenn er auch später diese Auffassung gemildert hat[167]. Am schroffsten ist wohl die Bluntschlische Auffassung bei Löning vereinseitigt, der in direkter Anlehnung an Bluntschli behauptet: „Die Polizei ist . . . ein Mittel, das auf allen Gebieten der Verwaltung zur Anwendung kommen

[164] Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 172, 173.
[165] Bluntschli a. a. O. S. 172.
[166] Vgl. a. a. O. S. 173 ff.
[167] Vgl. Löning, D. Verw.recht S. 8 Anm. 2

kann. Polizei ist eine Funktion der Verwaltung“ [168].

Der Begriff der Polizei, der sich lediglich an das Zwangselement heftet, kann nicht als dem modernen Verwaltungsrechte entsprechend bezeichnet werden. Denn die Definition der Polizei als „Zwangsgewalt in der Verwaltung“ ist eine Definition in formeller (staatsrechtlicher) Hinsicht. Sie sagt im letzten Grunde nichts anderes als: alles was der Staat vom einzelnen zu fordern berechtigt ist, kann er mit Zwang durchsetzen, und die beförderliche Tätigkeit, die dies unternimmt, heisst Polizei. Der ganze „Begriff“ schrumpft also darauf zusammen, dass der Staat mit seinem Imperium ausser in der Gesetzgebung und Justiz auch in der Verwaltung auftritt und hier den besonderen Namen Polizei trägt [169].

Die bisherigen Erörterungen lassen zwei grosse Perioden erkennen, in denen die Lehre über den Begriff der Polizei prinzipiell verschieden ist. In der einen Periode — es ist die des Polizeistaates — ist ein naturrechtlicher Polizeibegriff herrschend. Er kennzeichnet die Polizei nach ihren Gegenständen, Zwecken. In der andern — es ist die Zeit des Uebergangs vom Polizeistaat zum Rechtsstaat, besser des werdenden Rechtsstaates — nennt die Wissenschaft das Mittel selber, mit dem die Polizei tätig wird, Polizei. Man muss aber bei dem eben Ausgeführten daran festhalten, dass es sich dabei nur um das Typische der Entwicklung handelt und dass diese Perioden nicht scharf voneinander zu trennen sind. Angebrachter wäre es vielleicht, von zwei „Richtungen“ zu sprechen, die lange Zeit nebeneinander herlaufen.

---

[168] a. a. O. S. 8.

[169] Bornhak a. a. O. S. 189 meint, dass diese Auffassung in der Literatur gegenwärtig zu einer fast unbeschränkten Herrschaft gelangt sei; vgl. die dort S. 139 Anm. 6 zitierte Literatur.

B. Der moderne Polizeibegriff.

Wir stehen in einer dritten Periode, im vollendeten Rechtsstaate, in dem „die Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechts zum Range einer juristischen Disziplin herangewachsen" ist, „die mit derselben streng juristischen Methode, durch welche die Wissenschaft des Zivilrechts gross geworden ist, es unternommen hat, die Rechtsgrundsätze für die Beurteilung der Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung zu gewinnen"[170]. Heute sollte daher ein rechtswissenschaftlicher und zwar ein verwaltungsrechtlicher Polizeibegriff herrschend sein.

Was ist damit ausgedrückt? — Nichts anderes als die oben aufgestellte Forderung, dass der Polizeibegriff seine feste Grundlage im positiven Verwaltungsrechte zu finden hat: im Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch. „Polizei" ist ein materiellrechtlicher Rechtsbegriff und muss auf induktivem Wege aus jenen Rechtsnormen gewonnen werden. Ob und in welchem Masse bei einem solchen Verfahren ein für die Praxis brauchbarer Begriff der Polizei herauskommt, das darf die Wissenschaft zunächst nicht kümmern.

Die staatliche Tätigkeit ist auf die Verwirklichung öffentlicher Interessen gerichtet, wie bereits die Definition der römischen Juristen erkennen lässt: Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem (Ulpian, L. 1 § 2 D. 1, 1). Diese bezieht sich auf die materielle Seite der öffentlich rechtlichen Normen. In formaler Hinsicht ist dem öffentlichen Rechte charakteristisch, dass es die Grenzen der Staatsgewalt bestimmt, so dass also alle diejenigen Akte von ihm ungeregelt bleiben, die der Staat dem Untertanen gegenüber nicht qua imperator vornimmt. Insofern kann man auch sagen, das öffentliche Recht habe es „im wesent-

[170] Fleiner a. a. O. S. 8.

lichen nur zu tun mit der Bestimmung des Masses, in dem der Staat sein rechtlich unbeschränktes und unbeschränkbares Herrschaftsrecht betätigen will“ [171].

Die Frage nach dem Begriffe der Polizei als einem materiellrechtlichen Rechtsbegriffe hat also die beiden verwaltungsrechtlich relevanten Momente der staatlichen Tätigkeit: das öffentliche Interesse einerseits und die Herrschermacht andererseits zu berücksichtigen. Es darf also die Polizei weder als ein blosser „Zweig“ noch als eine blosse „Seite“ der staatlichen Verwaltung ins Auge gefasst werden. Vielmehr sind „Umfang“ und „Art“ der sich als Polizei darstellenden Verwaltungstätigkeit zugleich zu berücksichtigen.

Es ist das Verdienst von Laband, den Begriff der Polizei in dieser Allgemeinheit zum ersten Male richtig erfasst zu haben, indem er sagt, dass „das Wesen der Polizei überhaupt darin besteht, dass die natürliche Handlungsfreiheit des einzelnen im Interesse der Gesellschaft oder des Staates Beschränkungen unterworfen wird“ [172]. Diese Definition ist der Ausgang des heute herrschenden Begriffs der Polizei geworden.

An Laband schliessen sich an: Seydel: „Polizei ist Zwangsgewalt, Recht des Gebietens und Verbietens zum Schutze öffentlicher Interessen[173]. Das Gewerbepolizeirecht insbesondere definiert er an anderer Stelle[174] als „den Inbegriff derjenigen Bestimmungen, durch welche die privatrechtliche Gewerbefreiheit im öffentlichen Interresse beschränkt wird“.

[171] Bornhak, Das Polizeiverfügungsrecht i. Preuss. Verw.Arch. Bd. 5, S. 137 ff.; vgl. auch Otto Mayer, D. Verw.Recht Bd. 1 S. 104 ff., insbes. S. 107; Göz, Verwaltungsrechtspfl. i. Württbg. S. 15; Laband a. a. O. Bd. 2 S. 173.

[172] Laband, Staatsrecht 1. Aufl. 1878 Bd. 2 S. 458; 4. Aufl. 1901 Bd. 3 S. 195.

[173] Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 1. Aufl. Bd. 5 S. 501, 2. Aufl. Bd. 3 S. 307.

[174] Seydel, Das Gewerbepolizeirecht. Hirths Annalen 1881 S. 574.

Rosin sagt, Polizei — im Sinne der Städteordnung als staatliche Ortspolizei — sei „das Recht, auf dem Gebiete der inneren Verwaltung die natürliche Handlungsfreiheit zugunsten des Gemeinwohls durch Gebot und Verbot zu beschränken und den Inhalt dieser Beschränkungen eventuell durch Zwang zu realisieren“ [175]. Ganz dieselbe Definition gibt er für die in Verordnungen sich äussernde Polizei: „Ein Zweig der inneren Staatsverwaltung, welcher sich in der Beschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit der einzelnen zu gunsten des Gemeindewohls äusserte“ [176].

G. Meyer nennt „Polizei diejenige Tätigkeit der inneren Verwaltung, welche sich als Beschränkung der persönlichen Freiheit des einzelnen äussert und in der Form von Zwang auftritt“ . . . „Die Polizeigewalt ist das Recht, dem einzelnen überall da mit Anwendung von Zwang entgegenzutreten, wo es im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit notwendig erscheint“ [177].

Allen diesen Definitionen darf in einer bestimmten Hinsicht — wir werden darauf später eingehend zurückkommen — die Formulierung von Otto Mayer vorgezogen werden: „Polizei ist die Staatstätigkeit zur Abwehr von Störungen für die gute Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein mit obrigkeitlicher Gewalt“ [178]. Otto Mayer hat nicht unrecht, wenn er sagt, dass vor diesem Begriff „alle künstlichen Drehungen und Wendungen — diejenigen nämlich, welche noch immer, meist in Anlehnung an § 10 II. 17 ALR. durch den Begriff der Polizei zugleich die polizeiliche Tätigkeit

[175] Rosin a. a. O. S. 91.

[176] Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl. 1895 S. 133.

[177] Georg Mayer, Staatsrecht, 1. Aufl. S. 517, 6. Aufl. 1905, bearbeitet. d. Anschütz S. 644, 649. Diese beiden Definitionen unterscheiden zwischen „Polizei“ und „Polizeigewalt“. Auf die Grenzen der letzteren werden wir noch zu sprechen kommen.

[178] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 249.

begrenzen wollen! — nicht mehr standhalten“ [179]. Er gibt aber seinem Begriff eine ganz andere Bedeutung, als wir es tun werden.

Gegenüber den vorstehenden Definitionen muss aber eingewendet werden, dass sie nicht imstande sind, die Polizeigewalt näher zu begrenzen. Zweifellos sind doch die Schranken der letzteren enger als durch „öffentliches Interesse“ zum Ausdruck gelangt. Es gilt also den Staatszweck aus dem Polizeizweck auszusondern. Die Begriffsbestimmungen von Laband, Seydel und Rosin lassen keinen Unterschied erkennen, während die Definition von Otto Mayer einseitig und hinsichtlich vieler gesetzlicher Spezialbestimmungen auch zu eng ist [180]. Tatsächlich teilen alle Versuche, den Polizeibegriff zu bestimmen, das gleiche Schicksal: entweder der Umfang des Begriffes wird zu reich, dann wird letzterer zu inhaltsarm oder umgekehrt.

Nach der herrschenden Rechtsauffassung besteht nun ein Unterschied zwischen der polizeilichen und der sonstigen staatlichen Tätigkeit in folgendem Sinne: „Polizei“ ist einerseits staatliche Verwaltungstätigkeit, welche tatsächlich ausgeübt wird ohne „gesetzliche“ Grundlage. Hier spielt das Zweckmoment eine primäre Rolle. Es ist das Gebiet, für welches wir Gewohnheitsrecht annehmen. Darüber hinaus stellt sich die Polizei als der „Inbegriff“ derjenigen staatlichen Rechte dar, die auf einem vom Gesetzgeber als „polizeilich“ bezeichneten d. h. von den „Polizeibehörden“ geltend zu machenden Rechtssatze beruhen [181]. Hier spielt das Zweckmoment keine, bezw. nur eine sekundäre Rolle. Diese beiden Momente sind es, welche von der herrschenden Auffassung als ausschlaggebend für das Vorhandensein einer polizeilichen Tätigkeit angesehen werden.

[179] a. a. O. Bd. 1 S. 253; vgl. auch Anm. 20.

[180] Vgl. unten § 5, I.

[181] Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preussen, S. 208; Wolzendorff a. a. O. S. 82 a. E.; Gerland a. a. O. S. 1, 2.

Diese vorstehende Auffassung entbehrt aber unserer Ansicht nach jedes einheitlichen Prinzipes. Auf der einen Seite erblickt man in dem Polizeibegriff materielles Recht, auf der anderen nimmt man ihm gegenüber einen ganz formalen Standpunkt ein. Es ist durchaus nicht einzusehen und wird auch keineswegs konsequent durchgeführt, dass es Verwaltungsrechtssätze gibt, welche nicht „polizeilicher" Natur sein sollen, selbst die Finanzgesetze nicht ausgenommen.

Wir glauben, dass, wenn man diesen Gegensatz verstehen will, wie einst am Ende des Polizeistaates, ein weiterer und ein engerer Polizeibegriff auseinander gehalten werden müssen, dass in unserem Rechtssystem ein Nachhall davon verborgen liegt. Ehemals umschrieb man mit dem weiteren Polizeibegriff die Tätigkeit des Staates auf dem Gebiete der inneren Verwaltung überhaupt, mit dem engeren aber die staatliche Tätigkeit für den Sicherheitszweck. Heute wird der Staatszweck nicht mehr differenziert. Die Aufgaben, die der moderne Staat sich gesteckt hat, kommen, soweit sie mit Herrschermacht durchgeführt werden sollen, in den positiven Normen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht, zum Ausdruck[182].

Die Polizei ist nun diejenige staatliche Tätigkeit, welche jene Verwaltungssätze zur Durchführung bringt. Sie ist also in dieser Hinsicht tatsächlich die gesamte „obrigkeitliche Gewalt", die „Zwangsgewalt", mit der die Verwaltungsbehörden ausgerüstet sind zwecks Eingreifens in die persönliche oder die Vermögensfreiheit der Untertanen. Es ist die nach dem Prinzipe der gesetzmässigen Verwaltung wirksam werdende Staatsgewalt. In dieser Hinsicht haben wir es — genau wie bei der Bluntschlischen Formulierung — mit einem staatsrechtlichen Begriff der Polizei zu tun, sodass auch die Definition von Laband,

[182] Gerber a. a. O. S. 32, 33 Anm. 5; Laband a. a. O. Bd. 2 S. 173; Förstemann a. a. O. S. 13; Wolzendorff a. a. O. Bd. 1 S. 2.

Seydel und Rosin lediglich eine Bedeutung in diesem Sinne haben.

Die Streitfrage, ob man den Schulzwang, den Finanzzwang, den Zwang auf dem Gebiete der Kommunalaufsicht, der Heeresverwaltung u. a. m.[183] als „Polizei" zu bezeichnen hat, ist eine müssige. Es handelt sich dabei um eine blosse Nomenklatur, die für das materielle Recht bedeutungslos ist.

Der engere Polizeibegriff ist aber ein Inbegriff von Rechtssätzen selbst, die zumeist in Gewohnheitsrecht oder etwa noch in ergänzenden Spezialbestimmungen vorliegen. Es ist Aufgabe der Wissenschaft, den Begriff festzustellen. Begriffswesentlich ist natürlich auch dabei, dass diese sämtlichen Rechtssätze auf „öffentliche Interessen" gerichtet sind.

Nun kann man allerdings versuchen, das „öffentliche Interesse" hinsichtlich des ungeschriebenen Rechtes näher zu bezeichnen. Das geschieht durch Otto Mayer. Jedoch ist dabei zu beachten, dass, wenn man den Begriff enger fassen, auf bestimmtere Gegenstände beschränken will, diese nur ihrer Bedeutung für das Gemeinwesen nach, nur graduell von den durch Rechtssätze normierten Gegenständen sich unterscheiden können. Wir nehmen dabei an, dass die Gewohnheitsrechtssätze im allgemeinen auf weniger bedeutende Gegenstände sich erstrecken als das Gesetzesrecht. Mit diesem Momente verlässt man aber auch den Boden der Rechtslogik und begibt sich auf das Gebiet der Praxis. Denn definiert man z. B. die Polizei als die staatliche Tätigkeit zur „Abwehr von Gefahren", dann entbehrt dieser „Begriff" jeder logischen Haltbarkeit, sobald durch einen als „polizeilich" bezeichneten Spezialrechtssatz der Behörde ein Recht im Interesse der Beförderung der öffentlichen Wohlfahrt zugestanden wird.

Gleichwohl bleibt die Formulierung von Otto Mayer, nach

[183] Vgl. Anschütz, Das Recht des Verwaltungszwanges, Verw.Arch. Bd. 1 S. 389 ff.

der die Polizei als die auf Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung gerichtete staatliche Tätigkeit sich darstellt, wenn sie wirklich von praktischem Werte sein sollte, auch von einer theoretischen Wichtigkeit, insofern man bei der Begriffsbestimmung der Polizei von dem „gesetzten" Recht ganz absieht und sich fragt, in welchem Umfange darüber hinaus die Polizei ein Recht zu Eingriffen hat. Da es sich hier, wie wir ausgeführt haben, nur um Gewohnheitsrecht handeln kann, so ist eine über das Gesetzesrecht hinausgehende Befugnis der Polizeibehörde tatsächlich nur zur „Abwehr von Störungen" denkbar. Denn die Bildung von Gewohnheitsrecht ist eben nur durch Gewohnheit, nur auf empirischem Wege möglich, d. h. nur hinsichtlich der Zwecke, die das Volksbewusstsein durch seine Entwicklung als „nötige" anerkennt, und das ist die „Erhaltung" seiner materiellen und immateriellen Güter. Daher wird der Verwaltung zur „Abwehr von Störungen" derselben — ob durch bestimmte einzelne, ob durch andere Ursachen bleibe noch dahingestellt — ein Recht des Eingriffes in die Individualrechte von der allgemeinen Rechtsüberzeugung zuerkannt.

Nun fragt es sich, ob diese engere, an Otto Mayer sich anschliessende Auffassung, tatsächlich von praktischer Bedeutung oder was dasselbe ist, ob die Behörden aus derselben wirklich ihre Befugnisse in allen Fällen ableiten können. Diese Frage ist aus zwei Gründen zu verneinen. Auf der einen Seite ist die Behörde nicht zur Abwendung jeder Störung berufen, — Otto Mayer gibt das selbst zu — sondern nur derjenigen, die das öffentliche Gewohnheitsrecht als solche enthält. Das kann in letzter Hinsicht nur der Richter feststellen. Selbständig Zwecke zu finden und sie mit Zwang durchzusetzen kommt der Verwaltung weder zur Wahrung des öffentlichen Interesses noch auch hinsichtlich der blossen Abwehr von Störungen zu. Auf der anderen Seite ist, wie wir oben bereits angedeutet haben, die Otto Mayersche Definition nichts anderes als ein anderer

Ausdruck für die im Gegensatz zur „Beförderung“ stehende „Erhaltung“ der öffentlichen Wohlfahrt, die bereits Ende des 18. Jahrhunderts von der Polizeiwissenschaft ausgeführt worden ist. Wie unzureichend sie sich praktisch bewährt, darauf haben wir an früherer Stelle hingewiesen.

So kommen wir also zu dem Ergebnis, dass die polizeiliche Tätigkeit — soweit sie nicht darüber hinaus auf Gesetzesrecht sich gründet — hinsichtlich jener „Bedeutung“ ihrer Gegenstände für das Gemeinwesen am besten zu definieren ist als die für die Erhaltung geordneter sozialer Zustände wirksame Staatsgewalt auf dem Gebiete der Verwaltung. Hier liegt zwar ein verwaltungsrechtlicher Begriff der Polizei vor, aber auch dieser vermag die polizeiliche Tätigkeit nicht scharf zu begrenzen.

§ 5. Das Verhältnis von Eigentum und Polizei.

I. Der Gegenstand des polizeilichen Eingriffes.

Der Gegenstand des polizeilichen Eingriffes ist das öffentliche Interesse, und zwar im Sinne von öffentlicher Ordnung, guter Ordnung des Gemeinwesens, geordneter sozialer Koexistenz. Otto Mayer meint, der einzelne dürfe nicht störend eingreifen in diese Ordnung des Gemeinwesens. Dabei hat er das subjektive Moment im Auge. Diese Formulierung ist aber zu einseitig gefasst. Die öffentliche Ordnung kann auch im objektiven Sinne „gestört“ sein. In derartigen Fällen darf nicht von einer Pflicht des Untertanen gesprochen werden, wonach er in dieselbe „nicht störend eingreifen“ soll [184]. Der einzelne kann auch in Fällen in Anspruch genommen werden, wo er durchaus nicht „gestört“ hat. Viel allgemeiner und treffender ist der Ausdruck des Allg. Landrechts, wonach die Polizei für die „Erhal-

[184] Vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 251.

tung“ der öffentlichen Ordnung tätig zu werden hat[185].

1. Der Inhalt des Begriffes der öffentlichen Ordnung hat eine zweifache Bedeutung[186].

a) Die Polizei hat nur gegen die Ausübungen der Privatrechte einzuschreiten, die sich ihrer Art nach als Störungen der öffentlichen Ordnung charakterisieren. Es muss sich um die „gesellschaftlich bedeutsamen Aeusserungen des Einzellebens“ handeln. Der einzelne darf durch die Betätigung der Freiheit seiner Person und seines Eigentums die Interessen der Gesamtheit nicht verletzen.

Der innere Grund dafür ist, dass durch die rücksichtslose Ausbeutung der Privatrechte das Gemeinwohl grösseren Schaden erleidet als der Vorteil — wenn ein solcher überhaupt vorhanden ist — für den einzelnen beträgt. „Die Privatinteressen des einzelnen müssen zurücktreten, wenn sie mit den höheren allgemeinen Interessen nicht vereinbar sind“[187]. Das Einzelrecht wird durch das Wohl des Ganzen überspannt. Das Eigentum kann man in dieser Hinsicht als ein soziales bezeichnen[188]. Seine soziale Seite ändert sich mit der Ueberzeugung der Zeit, mit dem öffentlich-rechtlichen Gewohnheitsrecht, während das privatrechtliche Eigentum davon unberührt bleibt. „Das Recht des Grundeigentümers ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen von verschiedenem Umfang“[189]. Dies hat auch seine Bedeutung gegenüber den von der Verwaltung dem Eigentümer auferlegten Beschränkungen.

Die Anforderung, dass der Schaden eine gesellschaftliche

---

[185] Vgl. aber hierzu Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 266 bei Anm. 10. Das Tätigwerden der Verwaltung bei einem Notstande erklärt Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 268 für Anwendung tatsächlicher Gewalt.

[186] Ueber den Inhalt des Begriffes vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 257 ff.

[187] v. d. Mosel a. a. O. S. 595.

[188] Stier-Somlo, Die Erhaltung . . . S. 334.

[189] Dernburg, Pandekten S. 465.

Seite haben muss, wird von den Verhältnissen nicht erfüllt, die wir als nachbarliche bezeichnen und für die das Nachbarrecht gilt, wenn also „die Beeinträchtigung nicht über die Grenzen des Nachbargrundstücks hinausreicht", noch auch dort, wo die Beeinträchtigung „nur einzelne Personen oder nur einen individuell bestimmten, engbegrenzten Personenkreis trifft" [190]. Allerdings kann das Verhältnis auch eine öffentlich-rechtliche Seite haben, „insofern dieselbe Veranlassung, die das Privatrecht des Einzelnen verletzt, gegen das Interesse einer Gesamtheit verstossen und deshalb zu einer öffentlich-rechtlichen Regelung Veranlassung geben kann" [191]. Dann handelt es sich nicht bloss um nachbarrechtliche Verhältnisse, sondern die Verletzung des Nachbarn involviert zugleich eine Verletzung des öffentlichen Interesses oder besser umgekehrt. Der Tatbestand, welcher der Polizei Veranlassung zu ihrem Einschreiten gibt, kann zugleich den Inhalt einer Zivilklage bilden.

b) Die Polizei hat ferner die Störungen der öffentlichen Ordnung ihrer Stärke nach ins Auge zu fassen. Darin liegt zweierlei.

Auf der einen Seite wird damit gesagt, dass diejenigen gesellschaftlichen Wirkungen bei der Ausübung der Privatrechte für die Polizei bedeutungslos sind, die ein gewisses Mass nicht erreichen und deshalb von der allgemeinen Rechtsüberzeugung noch nicht als Störungen der öffentlichen Ordnung empfunden werden. Otto Mayer nennt dies „notwendige Störungen" [192]

[190] v. d. Mosel a. a. O. S. 595; vgl. oben bei Anm. 64.

[191] Gallenkamp, Fischers Zeitschrift Bd. 21 S. 17; Bornhak, Das preuss. Verw.Recht und das BGB. Verw.Arch. Bd. 8 S. 1 ff.; siehe dort S. 30.

[192] Unrichtig ist es jedoch, dies sogen. „freie Verfügung" hiermit in Zusammenhang zu bringen. Darnach ist, wie Otto Mayer ausführt, „der Verletzte selbst berufen . . ., die Beseitigung der Störung zu bewirken", und zwar mit den ihm zu Gebote stehenden Schutzmitteln des Zivilrechts; vgl. a. a. O. Bd. 1 S. 261 ff. Denn dies hat mit dem materiell-rechtlichen Polizeibegriff nichts zu tun. Otto Mayer meint, die Polizei greife hier

und bemerkt dazu, dass vor blossen „Belästigungen“ das Publikum nicht zu schützen sei. Diese Formulierung vermag aber für den konkreten Fall eine genauere Auskunft keineswegs zu geben. Es fragt sich auch, was man bei einer Störung im objektiven Sinne als „notwendig“ anzusehen hat. Wir glauben, dass eben nur gewohnheitsrechtlich, nur durch das allgemeine Rechtsbewusstsein von Fall zu Fall eine Grenze gezogen werden muss.

Auf der anderen Seite verlangt die polizeiliche Beobachtung der Stärke der Störung genau so ein Nichtüberschreiten der polizeilichen Befugnisse, wenn das betreffende Mass überschritten ist. Die Polizei darf nicht zuviel verfügen (Fleiner). Otto Mayer nennt dies die „Verhältnismässigkeit der Abwehr.“

Wo es sich um eine Störung im subjektiven Sinne handelt, dort ist das polizeiliche Einschreiten darauf gerichtet, dass die Störung unterbleibt. „Die Polizeigewalt darf hier nicht mit der Störung unnötigerweise zugleich das Zulässige . . . unterdrücken“ [193].

Wenn aber eine Störung im objektiven Sinne vorliegt, wenn also die Polizei in die Freiheit des einzelnen „hineingreift“, dann hat dies nach dem eben erwähnten Grundsatze ebenfalls nur insoweit zu geschehen, als zur Abwendung der Störung notwendig ist, d. h. hier: die Störung darf auf keine andere Weise als durch einen Eingriff in das betreffende Eigentum abgewendet werden können.

2. Der Umfang des Begriffes der öffentlichen Ordnung kann kaum à priori gefunden werden, sondern nur

---

ein, wenn „besonders selbständige Gesichtspunkte“ auftreten, das soll heissen, wenn „ein selbständig daneben stehendes Interesse der guten Ordnung“ vorliegt; a. a. O. Bd. 1 S. 262. Es ist aber durchaus kein Schein, wenn die Polizei zum Schutze von Privatrechten auftritt. Es handelt sich eben dabei um eine behördliche Tätigkeit neben der der Gerichte.

[193] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 267.

durch eine vergleichende Darstellung der Gesetzgebung und Rechtsprechung[194]. Doch ergeben sich auf spekulativem Wege gewisse Resultate.

Wenn die gute Ordnung des Gemeinwesens durch die Polizei erhalten werden soll, so kommt dies in letzter Linie wieder dem Individuum zugute. Das öffentliche Interesse ist nichts anderes als das Interesse der die Gesellschaft bildenden einzelnen. Die Wahrung des öffentlichen Interesses durch die Polizei bedeutet daher zugleich Wahrung von Lebensinteressen der einzelnen.

Aber „der Begriff der öffentlichen Ordnung geht nicht soweit, dass er alles, was die Interessen des öffentlichen Wohles (Gemeinwohls) angeht, umfasst“[195]. Eine Abgrenzung im Sinne der alten Sicherheitstheorie müsste man wohl gegenüber § 10 II. 17 ALR., nicht aber gegenüber dem Gewohnheitsrechtssatz des sächsischen Rechtes machen. Jedoch, da auch die alte Sicherheitstheorie eine scharfe Abgrenzung nicht zu ermöglichen vermochte, muss unter öffentlicher Ordnung alles das begriffen werden, was nach den Bedürfnissen der Zeit sich in der allgemeinen Rechtsüberzeugung niedergeschlagen hat.

Immerhin ist daran festzuhalten, und darin liegt, wie wir bereits oben ausgeführt haben, die fundamentale Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Gewohnheitsrechtes, dass der materiellrechtliche Polizeibegriff die „Erhaltung“ der öffentlichen Ordnung umfasst. Diese ist aber nicht im Sinne jener doktrinellen Abgrenzung zu verstehen, welche die auf Wohlfahrtsbeförderung gerichtete staatliche Tätigkeit der Polizei vorenthält. Denn nicht die Theorie kann die Verhältnisse des Lebens und ebensowenig die Rechtsverhältnisse beherrschen, sondern umgekehrt[196]. Die Polizei hat vielmehr ihr Augenmerk auf den Zustand des Gemeinwesens zu richten, welcher

[194] Vgl. hierüber unten § 6.

[195] Vgl. v. Arnstedt, Preuss. Polizeirecht Bd. 2 S. 365.

[196] Vgl. Ihering, Geist d. röm. Rechts Bd. 3 S. 321.

naturgemäss als ein guter zu betrachten ist oder sich erfahrungsgemäss als ein guter herausgestellt hat. Lediglich darauf kann sich eine Rechtsüberzeugung gründen. Es kommt ihr daher nicht zu, eine Verbesserung der gesellschaftlichen Verhältnisse in der Weise herbeizuführen, dass sie selbst auf spekulativem Wege die Objekte für ihre Tätigkeit schafft. Es liegt in der Natur der Sache, dass hier von Gewohnheitsrecht keine Rede sein kann.

Es soll hier in grossen Umrissen wiederzugeben versucht werden, welche Arten von Verhältnissen die öffentliche Ordnung umfasst. Wie das Individuum, so hat auch die Allgemeinheit ein zweifaches Interesse an seiner Existenz.

a) Das eine ist das Interesse an seinem äusseren Wohlergehen. Es ist das Gebiet, für welches die öffentliche Ordnung naturgemäss sich ergibt.

Als das Wichtigste gehört hierher die Erhaltung des Lebens selbst. Zunächst hat in dieser Hinsicht die Polizei auf die Sicherheit der Person, auf den Schutz gegen Lebensgefahren ihr Augenmerk zu richten. Diesem Zwecke dienen z. B. die Bestimmungen über Waffen, Sprengstoffe, den Gifthandel, über das Verhalten bei Seuchen, Massregeln gegen Verbrecher, feuerpolizeiliche Anordnungen u. a. m.

Eine Unterart der eben genannten Tätigkeit ist die Sorge für die Erhaltung der öffentlichen Gesundheit. Sie wird gefährdet oder verletzt durch schlechte Wohnungen, durch verfälschte Nahrungsmittel, sowie durch eine Unmenge von Uebeln, die Handel und Gewerbe mit sich bringen. Daher wird gegen das Kurpfuscherwesen eingeschritten, das Apothekergewerbe geregelt, Veterinärpolizei ausgeübt usw.

Sodann gehört hierher die Erhaltung der materiellen Lebensgüter, der Existenzmittel. Darauf sind gerichtet die Bestimmungen über Mass und Gewicht, das Armenwesen

usw. Unter diese „Sorge für die Wohlfahrt der Volksgenossen", und zwar in materieller Beziehung, sind „auch Forst-, Feld-, Fischerei- und Jagdpolizei zu rechnen, da diese in erster Linie wirtschaftliche Notstände zu verhindern haben und geordnete wirtschaftliche Benutzung (!) der landwirtschaftlichen Lebensgüter bezwecken"[197]. Diese sogen. „Volkswirtschaftspolizei" genauer zu betrachten, fällt der Verwaltungslehre zu.

Als Unterart der eben genannten Fälle muss die Sorge für die Erhaltung der eigentlichen Ordnung, d. h. der Ordnung im tatsächlichen Sinne betrachtet werden. Hierunter sind zu subsumieren die Bestimmungen, welche z. B. auf den öffentlichen Verkehr, die Reinlichkeit[198] der Strassen und Plätze, auf Abhaltung von Lärm u. a. m. gerichtet sind.

b) Das andere Interesse der Oeffentlichkeit, welches die Polizei zu wahren hat, ist das an dem inneren Wohlergehen der Einzelnen. Es ist das Gebiet, für welches die öffentliche Ordnung erfahrungsgemäss sich ergibt. So vielseitig, wie die geistig-sittlichen Güter der Allgemeinheit sind, so vielseitig ist auch die Tätigkeit der Polizei in dieser Hinsicht.

Hierher gehören zunächst Gegenstände, welche die Religion betreffen. Hinsichtlich ihrer Bestrafung ist jedoch daran festzuhalten, dass die reichsrechtliche Regelung der sogen. Religionsvergehen im Strafgesetzbuch eine ausschliessliche ist, und dass landesrechtliche Ergänzungen unwirksam sind, eine übrigens nicht unangefochtene Theorie[199]. Aber ungeachtet dessen kann durch Exekutivstrafen eine Handlung unterdrückt oder ein Zustand beseitigt werden, wenn dadurch ein Wider-

[197] Vgl. Elster, Art. „Polizei" in Elsters Wörterb. d. Volkswirtschaft Bd. 2 S. 645 ff.

[198] Die „Reinlichkeit" ist vielleicht ebensogut unter b zu subsumieren; vgl. unten sub b.

[199] Vgl. Liszt, Lehrb. d. d. Strafrechts, 15. Aufl. S. 397 bei Anm. 2.

spruch mit dem in religiösem Empfinden sich äussernden Gewohnheitsrecht geschaffen wird. Ausserdem bleibt dahingestellt, ob derartige Verletzungen nicht von einem anderen unter die öffentliche Ordnung fallenden Begriff umfasst werden.

Das kann vor allem durch die öffentliche Sittlichkeit geschehen. Auch ihre Erhaltung ist gewohnheitsrechtlich begründet. Was aber im Sinne des Polizeirechts als unsittlich sich darstellt, bestimmt sich von Fall zu Fall. Man würde z. B. das öffentliche Aergernis beim Vorhandensein eines Konkubinats oder ähnliche nicht durch Strafgesetze normierte Tatbestände darunter zu subsumieren haben.

Die Polizei kann aber auch Anforderungen mit Rücksicht auf die blosse Sitte an den einzelnen stellen. Es sind dies Verletzungen der guten Ordnung, die ein „psychisches Aergernis“ erregen (Liszt), aber graduell noch nicht als unsittlich zu betrachten sind. Doch ist die Grenze zwischen beiden schwer zu ziehen. Man kann wohl auch hier von Ordnung im eigentlichen Sinne sprechen. Hierher würde z. B. gehören die „Verunstaltung“ einer Strasse durch ein Gebäude (vergl. § 66 I. 8 ALR.). Aesthetische Interessen hat die Polizei nicht zu wahren. Der Grund ist, dass sich Gewohnheitsrecht hinsichtlich solcher schwerlich bilden kann[200]. Hierher gehören auch gewisse Bestimmungen für das Schankgewerbe, z. B. Polizeistunde, ferner die Feier der Sonn- und Festtage u. a. m.

II. Das polizeilich verpflichtete Rechtssubjekt.

Das polizeilich verpflichtete Rechtssubjekt ist derjenige, welcher bei Ausübung der Freiheit seiner Person oder seines Eigentums mit der öffentlichen Ordnung in Widerspruch gerät. Man kann ihn kurz als den „Störer“ der öffentlichen Ordnung bezeichnen.

A. Die Störung im objektiven Sinne.

[200] Fischers Zeitschr. Bd. 31 S. 349, 350; vgl. aber Bd. 26 S. 133 ff.

Von einer Störung der öffentlichen Ordnung im objektiven Sinne muss dann gesprochen werden, wenn die Ursache derselben nicht in der Ausübung von Privatrechten zu suchen ist. Es handelt sich also um keine Störung „aus dem Einzeldasein“ (Otto Mayer). Der einzelne muss sich eine Beschränkung seiner Freiheit gefallen lassen, trotzdem er, populär ausgedrückt, nichts dafür kann. Er muss seine besonderen Rechte zwecks Herstellung der öffentlichen Ordnung „aufopfern“. Dabei liegt aber gegenüber dem Eigentume durchaus keine Enteignung vor; denn der einzelne wird hier nicht in seinem Eigentume beschränkt unter Begründung von Rechten für Dritte.

Da kein „Störer“ vorhanden ist, kann auch die Polizei von niemand die Beseitigung der Störung verlangen. Vielmehr liegt es der Polizei selber kraft ihres Amtes ob, die Störung zu beseitigen. Ob davon sowohl die Freiheit der Person als auch des Eigentums betroffen werden kann, braucht hier nicht erörtert zu werden. Jedenfalls ist anzuerkennen, dass eine Beschränkung des Eigentums unter gewissen Voraussetzungen stattfinden kann. Der Eigentümer darf, wenn die Behörde ihres Amtes waltet, sich nicht hindernd in den Weg stellen. Es ergibt sich daraus, dass zur Beseitigung der Störung nur ein Dulden (pati) verlangt werden kann. Der Eigentümer soll nur ermöglichen, dass die Polizei die Beseitigung der Störung vornimmt.

Unter welchen Voraussetzungen seitens der Polizei ein Eingriff geschehen kann, wird bestimmt durch den Inhalt und Umfang des Begriffes der öffentlichen Ordnung. Droht ein Missstand in derselben einzutreten, oder ist ein solcher bereits eingetreten, dann ist die Polizei aus ihrem Amte zur Beseitigung desselben verpflichtet. Es kann sich dabei um einen Notstand handeln. Das bedeutet aber nichts anderes als eine besonders akute Störung in der öffentlichen Ordnung. Epidemien, Ueberschwemmungen, Feuersgefahr u. a. m. dürften als Beispiele in

Betracht kommen[201]. Aber das braucht nicht immer der Fall zu sein. Biermann[202] führt den Fall an, wo „im Interesse der Feuer- und Gesundheitspolizei" die Oeffnung einer Freischleuse erfolgt, sodass einem Mühlenbesitzer das zum Mühlenbetriebe erforderliche Wasser entzogen wird. Nicht anders verhält es sich in den Fällen, wo „eine Eigentumsausübung erst nachträglich (?), durch Ereignisse, die von dem Eigentümer unabhängig sind, gemeinschädlich oder sonst polizeiwidrig wird"[203], richtiger gesagt, wo die Staatsgewalt bei ihrer auf Erhaltung der öffentlichen Ordnung gerichteten Tätigkeit in Konflikt gerät mit der Freiheit des Privateigentums. Dieses ist, ohne dass eine Veränderung mit ihm vorgegangen ist, nur deshalb polizeiwidrig, weil es der Erhaltung der öffentlichen Ordnung hindernd im Wege steht.

Die letzteren Fälle sind diejenigen, welche Otto Mayer unter das Rechtsinstitut der „öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung" bringt[204]. Er findet hierbei, ganz wie Stier-Somlo, dass es sich „nicht um ein Recht an dem betreffenden Grundstück, welches dem Staate zustünde, sondern um eine allgemeine rechtliche Eigenschaft aller Grundstücke" handele. Es hänge diese Eigenschaft „den Grundstücken an auch ohne Gesetz; oder . . .: die Geltendmachung der Eigentumsbeschränkung be-

---

[201] Betr. des Notrechtes vgl. oben bei Anm. 185. Es ist unrichtig, für diese Fälle von einem polizeilichen Eingriff nicht auf Grund des Gesetzes zu sprechen; vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 268, Biermann a. a. O. S. 125, 126. Vielmehr kommt auch hier das Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung zur Geltung; vgl. Laband a. a. O. Bd. 2 S. 180, Anschütz, Verw.Arch. Bd. 14 S. 329.

[202] a. a. O. S. 188.

[203] Biermann a. a. O. S. 188, 189. Hierbei ist aber genau zu unterscheiden, ob ein Enteignungsfall oder eine Störung im subjektiven Sinne vorliegt. Ist ersteres der Fall, dann hat das Enteignungsverfahren Platz zu greifen, steht letzteres in Frage, dann ist der betreffende Eigentümer das verpflichtete Subjekt.

[204] Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 178 ff.

darf keiner gesetzlichen Grundlage. Das Eigentum ist in unserem Staats- und Rechtswesen von vornherein nur anerkannt mit der Bestimmung, in gewissem Masse den Rücksichten der ungehemmten Verwaltungstätigkeit weichen zu müssen . . .“ [205].

Otto Mayer unterscheidet die „Polizei“, welche die allgemeine Untertanenpflicht des einzelnen, die gute Ordnung nicht zu stören, geltend macht, ferner die „öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung“, durch welche Grundstücke „tatsächliche Eingriffe und Störungen aus der Verwaltungstätigkeit heraus erleiden, denen gegenüber es rechtlich wehrlos (?) ist, ohne besonderen Rechtsvorgang (?), welcher die Wehrlosigkeit für es bestimmte, auf den einzigen Umstand hin, dass es die öffentliche Verwaltung ist (?), von welcher jene Einwirkungen ausgehen“ [206]. Endlich sagt er von den „öffentlichen Unternehmungen“, dass durch diese der Beliehene „in alle möglichen Rechtsbeziehungen nach aussen“ tritt, „Enteignung, Polizei der Anstalt, gewisse Gebührenerhebungen bewegen sich hier . . . in öffentlich-rechtlichen Formen“ [207]. Inwiefern die Verwaltungstätigkeit, welche eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung vornimmt, eine Selbständigkeit gegenüber der Polizei der Anstalt besitzt, ist uns unerklärlich. Es handelt sich nach unserer Auffassung um nichts anderes als um Staatsgewalt auf dem Gebiete der Verwaltung, um Polizeigewalt, deren Objekt die öffentliche hier im objektiven Sinne gestörte Ordnung ist. Ihr Rahmen bestimmt sich in Ermangelung eines geschriebenen Rechtssatzes nach Gewohnheitsrecht.

Die Frage nach dem verpflichteten Rechtssubjekt ist in allen diesen Fällen eine sehr einfache. Es handelt sich um einen Missstand in der öffentlichen Ordnung, der durch das Mittel des Eingriffes in eine in Privateigentum stehende Sache behoben

[205] Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 187.
[206] Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 164.
[207] Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 314.

werden muss. Natürlich ist, dass das einzelne Rechtssubjekt in den Hintergrund tritt. Die Polizei hat es scheinbar mit der Sache zu tun. Jedenfalls ist sicher, dass dem Eigentümer auf Grund seines Eigentumsrechtes kein Ausschliessungsrecht gegenüber derartigen polizeilichen Eingriffen zusteht. Dass auch gegenüber einem sonst privatrechtlich Verfügungsberechtigten eine Duldung in gleichem Masse gefordert werden kann, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden. Die Polizei greift in die Sache ein und damit in die an der Sache bestehenden Privatrechte.

B. Die Störung im subjektiven Sinne.

Bei einer Störung im subjektiven Sinne findet eine Verletzung der öffentlichen Ordnung seitens des Individuums statt. Es handelt sich um eine Störung „aus dem Einzeldasein" im eigentlichen Sinne des Wortes. Der Untertan greift in die gute Ordnung des Gemeinwesens durch Gebrauch der Freiheit seiner Person oder seines Eigentums ein.

1. Die rechtliche Stellung des subjektiv störenden „Eigentums" gegenüber der Polizei im allgemeinen.

Wenn der einzelne durch Ausübung seiner persönlichen Freiheit die öffentliche Ordnung stört, dann liegt eine polizeiwidrige Handlung vor. Die polizeiliche Verfügung ist in diesem Falle auf ein Unterlassen (non facere) gerichtet. Sie stellt ein Verbot dar. Das polizeiliche Zwangsmittel bilden Geldstrafen (Exekutivstrafen), bei deren Nichtwirksamsein als ultima ratio der unmittelbare Zwang Anwendung findet. Eine Ersatzvornahme ist natürlich ausgeschlossen. Das verpflichtete Subjekt des polizeilichen Eingriffes bildet das handelnde Individuum, welches durch seine Handlung gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Die Frage, inwieweit dabei etwa eine Vertretung stattfindet, scheidet aus dem Kreise unserer Betrachtung aus[208].

[208] Vgl. hierüber SCHULTZENSTEIN, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung Verw.Arch. Bd. 14 S. 1 ff.

Uns kommt es hier auf die vom „Eigentum“ ausgehenden Störungen an. Eigentum ist ein dingliches Recht. Wenn wir also sein Verhältnis gegenüber der Polizei untersuchen, so fragt es sich, ob mehr die Person oder die Sache in den Vordergrund tritt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach § 903 BGB. das (Sach-)Eigentum zwei Seiten hat: eine positive, d. i. die Befugnis des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren und eine negative, d. i. das Recht, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschliessen. Vergegenwärtigen wir uns ferner die doppelte Seite des Eigentums als Eigentumsrecht und Eigentumsinhalt (Gierke), als rechtliche und tatsächliche Verfügungsmacht des Eigentümers, von denen, wie wir sahen[209], nur die letztere für unsere Frage von Bedeutung ist, so gilt es nunmehr noch die positive und negative Seite des Eigentums bei der tatsächlichen Verfügungsmacht des Eigentümers zu unterscheiden.

Die positive und die negative Seite des Eigentums korrespondieren allerdings miteinander. Denn in der Befugnis des Eigentümers, mit der Sache machen zu können, was er will, liegt gleichzeitig das Ausschlussrecht anderen gegenüber begründet.

Der Unterschied liegt aber darin: Die positive Seite des Eigentums hat eine Veränderung desselben im Auge. Diese ist das Primäre, während die Wirkungen, die sich in dieser Hinsicht nach aussen ergeben, das Sekundäre sind. Die negative Seite zielt auf die Ruhe beim Eigentum ab. Sie sieht die Sache als das Konstante, das Unveränderliche an. Der Wille, die Einwirkung, die von aussen her kommt, ist das Primäre, der Umstand, dass der Eigentümer insoweit nicht nach Belieben verfahren kann, ist das Sekundäre.

Wenn nun die Polizei sich gegen die positive Seite des Eigentums wendet, also befiehlt und zwingt, dass der Eigentümer

[209] Siehe oben bei Anm. 65.

mit seiner Sache in einer bestimmten Hinsicht nicht nach Belieben verfahre, dann liegt zwar auch eine Beschränkung der negativen Seite vor: der Eigentümer kann nicht ausschliessen. Umgekehrt ist es, wenn die Polizei sich gegen die negative Seite des Eigentums wendet und sie ihren Anordnungen gemäss zu verändern befiehlt. Dann kann der Eigentümer insoweit nicht mehr mit der Sache nach Belieben verfahren.

Nach dem oben Gesagten lässt sich dabei begrifflich folgende Unterscheidung machen. Die polizeilichen Beschränkungen der positiven Seite des Eigentums umfassen diejenigen Fälle, wo sich die Polizei gegen eine Tätigkeit des Eigentümers in Bezug auf sein Eigentum wendet, d. h. gegen eine tatsächliche Verfügung, die er über seine Sache trifft. In solchen Fällen ist das polizeiliche Vorgehen zunächst auf ein Unterlassen gerichtet.

Wir haben es hier aber lediglich mit den polizeilichen Beschränkungen der negativen Seite des Eigentums zu tun. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen die Polizei gegen den Zustand einer Sache ihre Verfügung richtet. Hier wird ein Handeln (facere) seitens des Eigentümers verlangt. Die polizeiliche Verfügung ist ein Gebot. Als Zwangsmittel kommen dabei zunächst ebenfalls Exekutiv(Geld-)strafen in Betracht, und falls dieselben erfolglos sind, die Ersatzvornahme, also das Handeln an Stelle des Verpflichteten. Der unmittelbare Zwang scheidet hierbei gänzlich aus.

Wenn der einzelne eine tatsächliche Verfügung über sein Eigentum trifft, dann geht die Ausübung der Freiheit der Person in diejenige des Eigentums über. Die Freiheitsbeschränkungen, vor allem die gewerbepolizeilichen, grenzen somit an die Eigentumsbeschränkungen [210]. Begrifflich kann eine Polizeiwidrig-

[210] Vgl. hierüber Biermann a. a. O. S. 30 bei Anm. 2.

keit nie gleichzeitig darin bestehen, dass der einzelne sowohl durch die Freiheit seiner Person als auch seines Eigentums die öffentliche Ordnung verletzt. Gewiss mag es positiv-rechtlich als ein unrechtmässiger Gebrauch des Eigentumes bezeichnet werden, wenn von einem Grundstück z. B. Lärm, gesundheitsschädliche Gerüche usw. ausgehen, auch wenn sie durch menschliche Tätigkeit entstehen (cfr. z. B. § 906 BGB.). Aber in dieser Allgemeinheit schliesst sich die Ausübung der persönlichen Freiheit immer und ausnahmlos irgendwie an eine Sache an. Im Sinne des Polizeirechts ist die Freiheit der Person nur in einer Handlung, die Freiheit des Eigentums aber in einem Zustande zu erblicken. Eine Handlung kann den Zustand einer Sache schaffen. Hat die Handlung ihr Ende erreicht, dann findet, wenn durch sie kein polizeiwidriger Zustand hervorgerufen worden ist, gewöhnlich ihre Bestrafung statt, insofern durch Rechtssätze Strafen angedroht sind. Hat sie aber einen polizeiwidrigen Zustand der Sache bewirkt, dann richtet sich das polizeiliche Vorgehen auf dessen Beseitigung, und dies stellt eine Beschränkung des Eigentums dar. Die Polizei verlangt von dem Verpflichteten die Herstellung des polizeigemässen Zustandes der Sache, und dafür kommt als letztes Zwangsmittel die Ersatzvornahme in Betracht. Die Kosten werden auf dem Wege der öffentlich-rechtlichen Zwangsbeitreibung aus dem Vermögen der verpflichteten Person gedeckt.

Haben wir nunmehr die Untersuchung dahin abgegrenzt, dass bei ihr ein polizeiwidriger Zustand von Sachen in Frage steht, zu dessen Beseitigung ein Handeln seitens des verpflichteten Rechtssubjektes nötig ist, so fragt es sich jetzt weiter, in welchem Umfange der Eigentümer diesen Zustand zu vertreten hat. Nach der herrschenden Ansicht ist sowohl der Eigentümer einer in polizeiwidrigem Zustande befindlichen Sache als auch der Urheber des polizeiwidrigen Zustandes in gleicher Weise zur Herstellung des polizeigemässen Zustandes der Sache

verpflichtet[211]. Denn es könne „der Polizei nicht zugemutet werden, zumal sie meist rasch und für das augenblickliche praktische Bedürfnis tätig zu sein hat, dass sie sich in eine weitläufige oder überhaupt in eine Untersuchung hinsichtlich des Täters, des Veranstalters des polizeiwidrigen Zustandes einlasse, während derjenige, der als oberster Sachherrscher über dieselbe waltet, zur Herstellung des erwünschten Zustandes bei der Hand ist“[212]. Es ist nicht zu leugnen, dass ein derartiger Rechtszustand eine Unvollkommenheit bedeutet. Der Rechtsstaat verlangt nicht allein eine genaue Begrenzung dessen, was die Polizei verlangen kann, sondern auch, von wem sie es zu verlangen hat.

In der Tat scheint auch in neuerer Zeit eine Wandlung sich geltend zu machen. Dies geht zuerst aus einer Entscheidung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes hervor[213], welches eine polizeiliche Verfügung, in der dem Eigentümer einer die Flussschiffahrt bedrohenden Berglehne aufgegeben wird, für die Sicherung der herabzufallen drohenden Felsmassen zu sorgen, mit der Hinzufügung ausser Kraft setzt, dass eine Verpflichtung des Eigentümers nur vorhanden sei, „wenn die Gefahr aus Handlungen oder Unterlassungen des Eigentümers, aus der Art der Nutzung oder Benutzung des Grundstückes entstanden ist“. „Bedingt also lediglich die natürliche Gestaltung der angrenzenden Grundstücke die Gefahr . . . , so liegt keine Verpflichtung des Eigentümers vor“[214].

Die Begründung dieses Urteils steht mit jenen Grundsätzen über die Beseitigungspflicht des Eigentümers nicht im Einklang. Das liegt daran, dass man die Grundsätze zu weit fasst. Nach unserer Meinung ist es nicht richtig, dass der Urheber eines polizeiwidrigen Zustandes einer

[211] Schultzenstein a. a. O. S. 7, 8; Stier-Somlo a. a. O. S. 355 ff.
[212] Stier-Somlo a. a. O. S. 352.
[213] Entscheid. d. preuss. OVG. Bd. 30, S. 216.
[214] Stier-Somlo a. a. O. S. 352.

Sache schlechthin die Pflicht zur Beseitigung hat und dass man für den Eigentümer einer Sache daneben ohne jede nähere Unterscheidung eine Pflicht zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemässem Zustande anzunehmen berechtigt ist, indem man sie in dem Begriffe des Eigentums selbst enthalten betrachtet. Wir haben nachgewiesen, dass die Annahme dieser Pflicht vom Standpunkte des Privatrechts aus nicht möglich ist, dass jedoch ein öffentlicher Rechtssatz besteht, wonach die Polizei der Freiheit und dem Eigentum des einzelnen gegenüber die öffentliche Ordnung zur Geltung zu bringen hat. Es soll daher im nachstehenden die Frage beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer beim Vorhandensein eines polizeiwidrigen Zustandes seines Grundstückes das zur Beseitigung verpflichtete Rechtssubjekt ist.

2. Der Eigentümer als das verpflichtete Rechtssubjekt im besonderen. Die Frage verlangt zunächst

a) eine Unterscheidung zwischen der dem Eigentümer und dem Urheber des polizeiwidrigen Zustandes zukommenden Vertretungspflicht.

α) Eigentümer und Urheber ist dasselbe Rechtssubjekt.

Wenn Eigentümer und Urheber in einer Person vereinigt sind, dann kann kein Zweifel darüber herrschen, dass dem Eigentümer die Vertretung seiner Sache und die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes obliegt.

aa. Es kann zunächst der polizeiwidrige Zustand des Grundstückes „von selbst", „durch Zufall" entstanden sein.

Der Eigentümer hat den Zustand seiner Sache zu vertreten, den etwa Naturereignisse oder die Zeit u. a. m. hervorgerufen haben. Er hat die Gefahren zu beseitigen, die durch elementare Gewalt, durch Feuer, Wasser, Wind auf seinem Grundstücke

lokalisiert sind und von dort aus der Allgemeinheit nachteilig werden. Er hat die stehen gebliebenen Teile seines vom Feuer verzehrten Gebäudes niederzureissen, wenn sie einzustürzen drohen und so die Sicherheit der Personen gefährden. Er hat sein durch Ueberschwemmung versumpftes Grundstück zu entwässern, wenn die öffentliche Gesundheit darunter leidet. Ist sein Gebäude durch die Einflüsse der Zeit etwa durch Baufälligkeit polizeiwidrig geworden, dann hat er es entweder ganz niederzureissen oder die Polizeiwidrigkeit auf andere Weise zu beheben.

Die Einwendung, dass der Eigentümer die Polizeiwidrigkeit nicht verschuldet habe, kann nicht Platz greifen. Abgesehen davon, dass die Polizei ein Verschulden überhaupt nicht berücksichtigt, kommt hier vor allem in Betracht, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung handelt, die der Konkretisierung durch einen Verwaltungsakt (polizeiliche Verfügung) dem gegenüber bedarf, bei dem die Voraussetzungen vorliegen. Die Verpflichtung desselben ist damit gegeben, dass er sich mit der öffentlichen Ordnung in Widerspruch befindet. Er ist der Störer und kein anderer. Er ist das allein verpflichtete Subjekt.

Dem Rechtsgefühl kann dies nicht als „Ungerechtigkeit“ erscheinen. Denn genau so, wie der Eigentümer alle Vorteile geniesst, genau so fallen ihm die Nachteile zu, die seine Sache treffen. Die positivrechtliche Fixierung liegt darin, dass das Eigentum an einer Sache dem einzelnen — innerhalb der vom Gesetze errichteten Schranken — unbeschränkt zusteht. Wird also ein polizeiwidriger Zustand eines Grundstückes durch natürliche oder soziale Verhältnisse hervorgerufen, dann ist die Polizeiwidrigkeit des Grundstückes in dem Eigentumsinhalte desselben gelegen. Es kann infolgedessen auch nur der betreffende Eigentümer als das zur Beseitigung verpflichtete Rechtssubjekt in Frage kommen.

bb) Der Zustand kann auch durch menschliche Tätigkeit hervorgerufen worden sein.

Wenn der Eigentümer in eigener Person die Tätigkeit vorgenommen hat, kann für seine Beseitigungspflicht kein Zweifel bestehen. Jedoch auch, wenn ein gesetzlicher Vertreter für ihn gehandelt hat, ist er verantwortlich. Zwar hat er nicht physisch die Polizeiwidrigkeit hervorgerufen, doch bleibt er von gesetzeswegen das verpflichtete Subjekt. Denn die Handlungen des gesetzlichen Vertreters sind solche des Eigentümers selbst. Steht z. B. der Eigentümer unter Vormundschaft, dann ist „allein der Mündel der an der Sache selbst Beteiligte“ [215]. Oder wenn der Eigentümer eine juristische Person ist, dann ist — wenn man deren Organen die Stellung von gesetzlichen Vertretern zuerkennt — nur die juristische Person „verpflichtet, den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, welchen ihre verfassungsmässig berufenen Organe durch eine in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangene Handlung . . . verursacht haben“ [216].

β) Eigentümer und Urheber sind verschiedene Rechtssubjekte.

Wenn Eigentümer und Urheber nicht in einer Person vereinigt sind, dann kann die Frage nach der Pflicht des Eigentümers zur Beseitigung polizeiwidriger Zustände verschieden beantwortet werden und sie hat auch, wie oben ausgeführt wurde, seitens der Verwaltungsgerichte bereits eine verschiedene Beantwortung erfahren.

aa) Die Ursache liegt in der Tätigkeit eines Dritten.

Man muss zwei Fälle unterscheiden.

Die Tätigkeit des Dritten kann zunächst eine privatrechtlich berechtigte sein. Darum wird es sich gewöhnlich handeln. In derartigen Fällen liegt eine freiwillige Vertretung vor. Die Handlungen des Dritten haben als solche des Eigentümers selbst

[215] Schultzenstein a. a. O. S. 9. 45.

[216] Schultzenstein a. a. O. S. 42.

zu gelten, wenn die beiden Haupterfordernisse der Vertretung, nämlich das Handeln innerhalb der zustehenden Vertretungsmacht und das äusserliche Erkenntlichwerden der Vertretungsstellung gegeben sind[217]. Das wird regelmässig von der Polizei angenommen werden müssen. Die Präsumtion spricht dafür, dass die Tätigkeit des Dritten mit Wissen und Willen des Eigentümers geschehen ist. Es kann sich also für die Polizei zunächst gar nicht darum handeln, ob ausser dem Eigentümer auch der Urheber verpflichtet ist. Jene Pflicht des Eigentümers bleibt vor allem bestehen, wenn sich „das Vertretungsverhältnis aus den Umständen, namentlich unter Berücksichtigung der Uebung und Meinung des Verkehrs, klar ergibt, um lediglich den Vertretenen haften zu lassen. Gerade bei dem polizeiwidrigen Handeln wird selten eine ausdrückliche Erklärung des Vertretungsverhältnisses, die der betreffenden Polizeibehörde als dem „Gegner" gegenüber abzugeben wäre, erfolgen"[218]. Für die Fälle, wo ein berechtigter Dritter auf eine nicht in seinem Eigentum stehende Sache eingewirkt hat, muss also der Satz als richtig anerkannt werden: „Den polizeiwidrigen Zustand, welchen der freiwillige Vertreter jemandes durch eine in Ausführung der ihm nach dem Inhalte der Vollmacht oder dessen, was dieser gleichzustellen ist, zustehenden Verrichtungen begangene Handlung verursacht hat, ist der Vertretene und nur allein der Vertretene zu beseitigen verpflichtet[219].

Schwieriger gestaltet sich das Verhältnis, wenn die Tätigkeit des Dritten eine privatrechtlich unberechtigte ist, der Urheber also die fremde Sache unbefugt in einen polizeiwidrigen Zustand versetzt hat. Von einer Vertretung kann dabei natürlich nicht gesprochen werden. Trotzdem nun von Wissenschaft

[217] Schultzenstein a. a. O. S. 53.

[218] Schultzenstein a. a. O. S. 53, 54; vgl. hierzu Fischers Zeitschrift Bd. 27 S. 216 ff.

[219] Schultzenstein a. a. O. S. 46.

und Rechtsprechung allgemein anerkannt wird, dass sich die Polizei in erster Linie an den Urheber zu halten habe, wird doch dieser Forderung eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt. Es wird immer noch in das Ermessen der Polizei gestellt, sich an den Eigentümer zu halten. Die Inanspruchnahme desselben tritt regelmässig dann ein, wenn der Urheber entweder leistungsunfähig oder unbekannt ist.

Man sucht diese Rechtsauffassung zunächst damit zu begründen, dass ein Verschulden dem Polizeirecht fremd sei[220], dass also der Eigentümer sich nicht darauf berufen könne, ein unberechtigter Dritter habe gegen Wissen und Willen des Eigentümers den polizeiwidrigen Zustand der Sache hervorgerufen. Darauf ist zu erwidern, dass es sich hier garnicht um ein Verschulden handelt. Es zeigt sich „das Verschulden oder die Schuld in den verschiedensten Formen", jedoch immer nur bei den Handelnden selber „als Vorsatz und Absicht, Arglist, Böswilligkeit, Bewusstsein oder Wissentlichkeit von dem Vorhandensein der Rechtswidrigkeit, Fahrlässigkeit, Ausserachtlassen der Sorgfalt, Erkenntnis der Strafbarkeit, Kennenmüssen usw."[221]. Im Polizeirecht soll vielmehr lediglich das Kausalitätsprinzip (Verursachungsprinzip) Anerkennung gefunden haben, nach welchem „die Grundlage für die Schadenersatzpflicht des Täters allein der verursachte Erfolg bildet ohne Rücksicht darauf, ob den Täter ein Verschulden trifft"[222]. Wenn in unserem Falle der Eigentümer eine Verpflichtung ablehnt, dann tut er dies nicht im Sinne des Verschuldungsprinzips, also mit dem Hinweis darauf, dass ihn kein „Verschulden" trifft, dass seiner Handlung der Wille ermangele, sondern vielmehr gerade im Sinne des

[220] Stier-Somlo a. a. O. S. 352, 353 behauptet dies allerdings bei dem Falle, wo ein Dritter durch sein Eigentum auf ein fremdes Eigentum eingreift.

[221] Schultzenstein a. a. O. S. 20.

[222] Schultzenstein a. a. O. S. 20.

Kausalitätsprinzipes, dass er überhaupt nicht der Verursacher, der Störer der öffentlichen Ordnung sei.

Ferner weist man darauf hin, dass es der Polizei auf eine möglichst schnelle Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes ankomme und sie daher nicht erst lange nach dem Urheber fahnden, bezw. ihr Vorgehen von seiner Leistungsfähigkeit abhängig machen könne[223]. Ganz abgesehen davon, dass es sich bei einem polizeiwidrigen Zustande des Eigentums oft nicht um eine schleunige Beseitigung desselben handelt, ist darauf hinzuweisen, dass jene vom Standpunkte der Zweckmässigkeit aus zu billigende Ansicht die juristischen Konsequenzen übersieht. Bei dem Verhältnis von Eigentum und Polizei kann, wie wir gesehen haben, nur ein Handeln verlangt werden, das sich auf die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes richtet und wofür als letztes polizeiliches Zwangsmittel die Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten in Betracht kommt. Damit ist aber bewiesen, dass die Polizei dem Eigentümer gegenüber machtlos ist, sobald dieser den Geldstrafen trotzt. Jedenfalls muss anerkannt werden, dass auch die Schnelligkeit der Herstellung der öffentlichen Ordnung nur von dem guten Willen des Eigentümers abhängig ist, falls der Urheber unvermögend oder unbekannt ist. Im letzten Grunde würde auch hier die Beseitigung des Zustandes der Polizei obliegen.

Die angeführten Gründe genügen also nicht, um die herrschende Rechtsauffassung zu begründen. Jedoch steht nach den angestellten Betrachtungen fest, dass für die Frage, wer das verpflichtete Rechtssubjekt ist, juristisch relevant nur sein kann, von wem die eventuellen Kosten für die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes zu tragen sind.

Man hat mit Rücksicht auf die Verpflichtung des Eigentümers darauf hingewiesen, dass „sollte nur der Handelnde den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen haben, wie leicht wäre es

[223] Vgl. oben bei Anm. 212.

dann, sich dadurch, dass man einen zu der Beseitigungspflicht Leistungsunfähigen für sich handeln lässt, die Vorteile der Handlung zu verschaffen, ohne für die Nachteile einstehen zu brauchen“ [224]. Diese Argumentation wäre nur in dem Falle angebracht, wo es sich um die privatrechtlich berechtigte Tätigkeit eines Dritten handelt. Aber dort besteht, wie wir nachgewiesen haben, die Vermutung für die Vertretungspflicht und die Haftbarkeit des Eigentümers.

Aber auch die Einwendung ist nicht durchschlagend, dass dem Eigentümer die privatrechtlichen Schutzmittel unbenommen bleiben. Wollte man demzufolge annehmen, dass neben dem Urheber auch der Eigentümer die öffentlich-rechtlichen Folgen des Eingriffs zu tragen habe, so gilt es doch andererseits darauf hinzuweisen, dass die Zweckmässigkeitsfrage unmöglich soweit gefasst werden kann, dass das wirklich verpflichtete Rechtssubjekt erst auf zivilprozessualem Wege zu ermitteln sei. Dann könnte die Polizei mit demselben Rechte gegen ein an der Sache irgendwie entfernt beteiligtes Subjekt, durch welches die Beseitigung des Zustandes leichter herbeizuführen ist, vorgehen und diesem überlassen, sich auf zivilrechtlichem Wege schadlos zu halten. Das wäre sehr praktisch, rechtsgemäss ist ein solches Vorgehen nicht [225]. Der Rechtsstaat verlangt eine genaue Präzisierung wie des Objektes, so auch des Subjektes des polizeilichen Eingriffes.

Man könnte die Pflicht des Eigentümers vielleicht auch so zu begründen versuchen: Das Eigentum an einer Sache wird gegenüber jedem widerrechtlichen Eingriff auf dieselbe neben dem Strafrecht durch das Zivilrecht geschützt, indem der widerrechtlich Handelnde gewisse Rechtsnachteile zu erleiden hat. Findet sich nun, dass der Eigentümer trotz dieses Schutzes seine Rechte bei einem privatrechtlichen Eingriff auf sein Eigentum

[224] Schultzenstein a. a. O. S. 38.
[225] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 266.

wegen Leistungsunfähigkeit oder Unbekanntsein des Urhebers nicht geltend machen kann, dann fallen die entstandenen Nachteile dem Eigentümer selbst zur Last. Jedoch ist dabei zu beachten, dass es privatrechtlich dem Eigentümer unbenommen bleibt, ob und wie er den geschaffenen Zustand seines Eigentumes auf seine Kosten beseitigen will. Es möge z. B. der Nachteil, der ihm durch die Belassung des Zustandes entsteht, 300 betragen, die Beseitigung aber 500. Dann wird er aus rein ökonomischen Rücksichten die Herstellung des ehemaligen Zustandes unterlassen, und niemand hindert ihn privatrechtlich daran. Niemals kann aber daraus gefolgert werden, dass der Eigentümer auch die aus jener Handlung sich ergebenden weiteren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu tragen habe.

Ganz ausgeschlossen erscheint aber die Haftbarkeit des Eigentümers, wenn man die Grundsätze erwägt, die massgebend sind für die Fälle, wo die Störung eines Rechtsgutes vorliegt. Es handelt sich hierbei um eine unser ganzes Rechtssystem durchziehende Erscheinung. Eine konkrete Gestalt ist ihr aber erst im Privatrecht gegeben worden. Nach § 1004 und § 862 BGB. steht die actio negatoria nur dem Eigentümer und Besitzer gegenüber dem „Störer“ zu. Es wird aber von der Rechtssprechung des Reichsgerichtes angenommen, „jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht“. Dieser Anspruch wird vom Reichsgericht im Wege der Analogie den §§ 12, 862, 1004 BGB. entnommen. Den Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu[226].

Das vorstehende Problem behält seine volle Bedeutung aber auch im öffentlichen Recht. Wie im Privatrecht jedes vom Ge-

[226] Vgl. STAUDINGER a. a. O. Bd. 3 S. 417; Juristische Wochenschrift Bd. 34 S. 140.

setz anerkannte Rechtsgut durch Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung geschützt ist, und zwar gegenüber dem „Störer“ desselben, so wird auch für das öffentliche Recht anzunehmen sein, dass einem durch dasselbe begründeten Rechtsgute nach dem gleichen Grundsatze Schutz zu gewähren ist. Ein „Recht“ ist „die Tatsache . . ., dass eine Rechtsvorschrift um jemandes Willen andere einschränkt[227]. Die gesetzlichen Bestimmungen, die dem öffentlichen Interesse dienen, bringen „die Rechtsverhältnisse des Staates, der Gemeinden, Kirchen und sonstigen öffentlichen Verbände“ zur Entstehung[228]. Hier bleibt es dahingestellt, in wieweit diese öffentlichen Rechtssätze Rechte für den einzelnen in sich schliessen. Jedenfalls hat, auch gemäss der durch Gewohnheit entstandenen Rechtssätze, deren Gegenstand die öffentliche Ordnung ist, der Staat ein entsprechendes „öffentliches Recht“. Ueberall wo eine Norm des öffentlichen Rechtes ein Verhalten der Untertanen um der Allgemeinheit willen vorschreibt, hat der Staat ein Recht darauf, dass ein solches Verhalten auch wirklich stattfindet[229].

Es fragt sich nun, ob, wenn von einem Grundstück eine Störung der öffentlichen Ordnung ausgeht, man dieselben Grundsätze, nach denen der Störer eines Privatrechts sich bestimmt, auch in Anbetracht der von dem Grundstücke ausgehenden Störung des öffentlichen Rechtsgutes als geltend hinzustellen hat. Diese Frage muss bejaht werden. Denn der Rechtssatz, dass die Polizei die gute Ordnung des Gemeinwesens zu erhalten hat, bezieht sich nur auf das Objekt. Will man aber aus diesem Satze das verpflichtete Subjekt gewinnen, so kann es eben auch nur der „Störer“ sein. Aber daraus folgt nicht, dass, wenn ein Grundstück in einem die öffentliche Ordnung störenden Zustande sich befindet, als Störer der Eigentümer anzusehen ist, ebenso-

[227] Eltzbacher, Die Unterlassungsklage 1906 S. 104.
[228] Eltzbacher a. a. O. S. 109.
[229] Vgl. hierzu Eltzbacher a. a. O. S. 118.

wenig, wie bei Verletzung eines Privatrechtes der Grundstückseigentümer schlechthin beseitigungspflichtig bezw. unterlassungspflichtig ist.

Störer ist vielmehr „derjenige, durch dessen Willen der ... Zustand aufrecht erhalten wird“ [230]. Der Wille kann hinsichtlich eines Tuns oder Unterlassens vorhanden sein. Darnach würde als Störer privatrechtlich wie öffentlich-rechtlich der Urheber, als Täter, oder derjenige in Betracht kommen, dem die Verfügungsgewalt über das Grundstück zusteht, als Unterlasser.

Es tritt also dort wie hier der Grundstückseigentümer prinzipiell zurück. Er kann neben dem Störer nur dann belangt werden, wenn dies besondere Umstände rechtfertigen [231]. Nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches „muss entweder eine mit dem Grundstück des beklagten Eigentümers zu einem Ganzen fest und dauernd verbundene Anlage der Grund der Störung sein oder eines der im Gesetze ausdrücklich festgesetzten besonderen Nachbarrechte in Frage stehen oder der Eigentümer die Störung sei es durch seine Anordnung veranlasst, sei es in ungehöriger Weise geduldet haben“ [232]. Für die letzteren beiden Ausnahmen haben wir die Haftbarkeit des Eigentümers bereits begründet [233]. Was aber die ersteren beiden anbetrifft, so liegt dem Eigentümer beim Vorhandensein einer „Anlage“ die Vertretung nach § 907 BGB. ob, der den Eigentümer bei einer Störung durch eine solche neben der Herstellung auch für die Haltung haftbar macht, unbekümmert darum, ob der Eigentümer dieselbe hergestellt hat [234]. Unter die „besonderen Nachbarrechte“ werden von dem obigen Urteil die landes-

[230] Neumann, Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 1 S. 692.

[231] Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 418.

[232] Entscheid. d. RG. i. Zivils. Bd. 45 S. 298; vgl. auch Staudinger a. a. O. S. 418.

[233] Siehe oben sub. β.

[234] Entscheid. d. RG. i. Zivils. Bd. 60 S. 140; Staudinger a. a. O. S. 418, 419.

gesetzlichen nachbarrechtlichen Bestimmungen zusammengefasst.

Auf Grund der vorstehenden Erörterungen glauben wir den Satz aussprechen zu dürfen: Wenn ein Dritter unberechtigt ein fremdes Eigentum in einen polizeiwidrigen Zustand versetzt hat, dann ist grundsätzlich der Dritte und nur er als Urheber der Polizei gegenüber das zur Beseitigung verpflichtete Subjekt, während der Eigentümer nur dann verpflichtet ist, wenn sich eine Pflicht für ihn aus einem besonderen Rechtssatze — des privaten oder öffentlichen Rechtes — herleiten lässt.

Wenn auch dieser Satz mit der herrschenden Meinung in Widerspruch steht, so wird doch seine Tragweite durch zwei Umstände erheblich gemildert. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich im vorliegenden Falle meist um eine „Anlage" handeln wird, zu deren Haltung der Eigentümer nach § 907 BGB. nicht berechtigt ist. Unter „Anlagen" werden die verschiedensten Dinge begriffen; auch Veränderungen an einer bisher ordnungsgemässen Anlage können den Anspruch begründen[235]. Sodann kommt in Betracht, dass auch nach der herrschenden Meinung in erster Linie der Urheber für haftbar erklärt wird[236], was unserer Auffassung in gewissem Sinne Rechnung trägt.

Wer hat aber in dem Falle, wo der Urheber leistungsunfähig oder unbekannt ist, die Kosten zu tragen? — Nach dem oben Ausgeführten kann eine Pflicht des Eigentümers auch in diesem Falle nicht angenommen werden. Auch vom Standpunkte der Polizei aus lässt sich eine solche Annahme nicht begründen. Erwägt man, dass es Pflicht der Polizei ist, Störungen der öffentlichen Ordnung abzuwenden, dann kann man unmöglich zugeben, dass sich die Rechtslage für den Grundstückseigentümer deshalb

[235] Vgl. Staudinger a. a. O. S. 217.
[236] v. d. Mosel a. a. O. S. 598.

ungünstiger gestaltet, nur weil die Polizei ihre Pflicht verabsäumt hat.

Aber es fragt sich immerhin, wie man die Pflicht der Polizei, Handlungen entgegenzutreten, durch die das Eigentum eines Privaten in einen polizeiwidrigen Zustand versetzt wird, aufzufassen hat. Der polizeiwidrige Zustand stellt den Effekt der Handlung dar. Eine Handlung, die diesen Effekt nicht erkennen lässt, berechtigt die Polizei auch nicht zum Eingreifen. Es kann daher hier von einer Rechtspflicht der Polizei nicht die Rede sein.

Wenn aber die Wirkungen einer Handlung vorauszusehen oder gar bereits eingetreten sind und damit sich nach aussen hin bemerkbar gemacht, also polizeiliche Wirkungen erzeugt haben, ohne dass die Polizei eingeschritten ist, dann liegt die Beseitigungspflicht seitens der Polizei nahe. Man könnte die Pflicht damit begründen, dass man eine Konsentierung des Zustandes aus dem Kennen oder Kennenmüssen desselben seitens der Polizei erblickt. Dies muss man um so mehr anzunehmen geneigt sein, als man der Polizei das Recht vindiziert, „wenn sie es für zweckdienlich erachtet", d. h. wenn eine Veranlassung zu der Annahme des Vorhandenseins einer Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt, sich von dem Zustande eines Grundstückes zu überzeugen. Es hat demzufolge „der Eigentümer des Grundstückes, über dessen Zustand die Polizei sich unterrichten lässt, das Betreten des Grundstückes durch einen Beauftragten der Behörde zu dulden, soweit es der Zweck der Augenscheinsnahme erfordert"[237]. Aber trotzdem ist es unmöglich, daraus eine Beseitigungspflicht für die Polizei herzuleiten. Denn die Polizei ist zwar verpflichtet, gegen jedwede Störung der öffentlichen Ordnung vorzugehen, aber nicht so, dass ihr bei Unterlassung dieser Pflicht quasi ex delicto die Herstellung des polizeigemässen Zustandes obliegt. Vielmehr ist es Sache ihres

[237] Entscheid. d. preuss. OVG. Bd. 43 S. 415, 416.

pflichtmässigen Ermessens, ob und wann sie beim Entstehen und Vorhandensein eines polizeiwidrigen Zustandes einschreiten will.

Der polizeiwidrige Zustand aber muss beseitigt werden. So verlangt es das Gewohnheitsrecht bezw. § 10 II. 17 ALR. In einem solchen Falle liegt die Beseitigung trotzdem der Polizei ob, und zwar in ihrer Eigenschaft als Behörde. Sie hat gemäss ihres „Amtes" die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten, wenn kein verpflichtetes Rechtssubjekt vorhanden ist. Die entstehenden Kosten sind dann (mittelbare) Kosten der Polizeiverwaltung. Es gilt also in einem derartigen Falle der Satz: Wenn der Störer (Urheber) leistungsunfähig oder unbekannt ist, — und sich kein Rechtssatz findet, der eine Pflicht des Eigentümers ausspricht — dann hat die Polizeibehörde den der öffentlichen Ordnung entsprechenden Zustand des betreffenden Grundstückes herzustellen, und der Eigentümer desselben hat die Pflicht, die Herstellung zu dulden.

Das preussische Oberverwaltungsgericht hat diese Auffassung in anderem Zusammenhange — bei Streit zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden — mehrfach in gewissem Sinne geteilt, vornehmlich in zwei Urteilen, in denen es sich um die „Wegschaffung und Unterbringung hilfloser Menschen" und um die „Beseitigung herrenlos herumstreifender Hunde" von den Strassen und öffentlichen Plätzen handelt [238]. Wenngleich dort ausdrücklich darauf hingewiesen ist, dass nicht die „Herstellung eines polizeigemässen Zustandes" vorliege, so muss doch diese Behauptung in Anbetracht der sonst ausnahmslos gestellten Forderung, dass auch öffentliche Strassen und Plätze in einem polizeigemässen Zustande zu erhalten sind, Bedenken erregen.

Es wird nun dort bei Vorhandensein der Leistungsunfähig-

[238] Entscheid. d. OVG. Bd. 35 S. 97 ff.; Bd. 42 S. 73 ff; sowie auch Bd. 46 S. 139 ff.; Bd. 49 S. 12 ff.

keit des Urhebers ausgeführt[239]: „Die Fortschaffung der hilflosen oder betrunkenen Personen von der Strasse erfolgt im wesentlichen entweder zu ihrem eigenen Schutze vor Gefahren oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, aber nicht zur Herstellung eines polizeigemässen Zustandes der Strasse und nicht in Ausführung einer zu diesem Zwecke an den Verpflichteten erlassenen Anordnung. Sie liegt der Polizei unmittelbar, als eine von ihr mit ihren Kräften und Hilfsmitteln auszuführende Amtshandlung ob, unbeschadet ihres Rechtes, von demjenigen, in dessen Interesse sie dabei Kosten aufgewendet hat oder der durch sein Verhalten die Kosten verursacht hat, Erstattung zu verlangen, wenn er zahlungsfähig ist".

Zu der Begründung ist zu bemerken, dass die Fortschaffung der Personen „zu ihrem eigenen Schutze" gewiss im Amte der Polizei gelegen ist, ohne dass ein Zustand einer Sache in Frage steht. Aber die Hinzufügung „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung" kann sich nur auf eine Sache, nämlich die öffentliche Strasse und ihren Zustand beziehen. Es ist dies nichts anderes, als wenn die Polizei, ohne dass sie erst eine Verfügung an den Eigentümer erlassen kann, direkt eingreift und die Kosten von dem Verpflichteten nachträglich einzieht.

Zu dem gleichen Resultat kommt das Oberverwaltungsgericht beim Unbekanntsein des Urhebers, indem es die Frage nach den Kosten herrenlos umherlaufender Hunde von den Strassen und öffentlichen Plätzen folgendermassen beantwortet: „Auch hier handelt es sich nicht darum, die Strassen in einen polizeigemässen Zustand zu versetzen, nicht um die Leichtigkeit des Verkehrs auf den Strassen, sondern entweder um die Beseitigung einer für das Publikum durch bissige Hunde herbeigeführten Gefahr oder um die Anwendung unmittelbaren Zwangs gegenüber den Eigentümern der Hunde, die diese verbotswidrig

[239] Entscheid. d. preuss. OVG. Bd. 35 S. 97 ff.

umherlaufen lassen. In beiden Fällen erfüllt die Polizeiverwaltung durch die Fortschaffung der Hunde eine Aufgabe, die in das Gebiet ihrer verwaltenden Tätigkeit, ihres Dienstbetriebes, fällt. Die ihr daraus erwachsenen Kosten . . . stellen . . . „unmittelbare Kosten der Polizeiverwaltung“ dar. „Die Polizei beseitigt die Hunde von der Strasse nicht in Ausführung einer den Eigentümern obliegenden Verpflichtung, sondern in Ausübung einer . . . ihr beigelegten Befugnis, Hunde, die vorschriftswidrig . . . auf der Strasse umherlaufen, zu töten. Auch die vorläufige Aufbewahrung der Hunde an Stelle sofortiger Tötung geschieht nicht zur Herstellung eines polizeigemässen Zustandes, sondern im Interesse der Eigentümer, um diesen Gelegenheit zur Wiedererlangung ihrer Hunde gegen Zahlung der Kosten zu gewähren“ [240].

Gegen die Begründung dieses Urteils ist nichts einzuwenden, insofern von der „Anwendung unmittelbaren Zwangs gegenüber den Eigentümern der Hunde“ gesprochen wird. Wenn jedoch von „einer für das Publikum durch bissige Hunde herbeigeführten Gefahr“ schlechthin die Rede ist, so würde dies einen polizeiwidrigen Zustand der Strasse darstellen und der Eigentümer derselben müsste nach den herrschenden Grundsätzen der preussischen oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Beseitigung desselben für verpflichtet erklärt werden.

Nach unserer Auffassung ist die Rechtslage die, dass regelmässig der Urheber die Beseitigungspflicht des polizeiwidrigen Zustandes hat und bei Leistungsunfähigkeit oder Unbekanntsein des Urhebers die Kosten für die Beseitigung Polizeikosten sind, ein Resultat, zu dem das preussische Oberverwaltungsgericht in den beiden genannten Fällen trotz seiner unseren Grundsätzen widersprechenden Begründung ebenfalls gelangt ist.

In einem anderen Urteil wird ausgeführt: „Ein Akt der

[240] Entscheid. d. preuss. OVG. 42 S. 82, 83.

Armenpflege gehört nicht unmittelbar zum polizeilichen Dienstbetriebe. Soweit die Polizei in Ausübung der Armenpflege tätig wird, sind die dadurch entstandenen Kosten solche, die zur Herbeiführung polizeigemässer Zustände in der Aussenwelt, insbesondere Herbeiführung geordneter Armenpflege erwachsen sind. Derartige Ausgaben sind keine unmittelbaren Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung. Zu mittelbaren Kosten dieser Verwaltung aber werden sie dann, wenn kein zahlungsfähiger Drittverpflichteter vorhanden ist oder wenn die Kosten von diesem nicht unmittelbar beigetrieben werden können“ [241].

Man sieht, welche Schwierigkeiten der Grundsatz mit sich bringt, dass der Eigentümer die Pflicht habe, sein Grundstück in einem polizeigemässen Zustande zu erhalten und wie der Gerichtshof in obigen Fällen bemüht ist, nachzuweisen, dass es sich nicht um einen polizeigemässen Zustand handelt. Wir glauben darin eine Bestätigung unserer Ansicht erblicken zu dürfen, dass bei einem polizeiwidrigen Zustand einer Sache regelmässig der Urheber haftet — insofern nicht für den Eigentümer eine gesetzliche Verpflichtung sich nachweisen lässt — und dass bei Zahlungsunfähigkeit oder Unbekanntsein des Urhebers die Kosten der Beseitigung des Zustandes der Polizeiverwaltung zufallen. Das öffentlich-rechtliche Gewohnheitsrecht und § 10 II. 17 ALR. beziehen sich hier wiederum auf eine Störung im objektiven Sinne. Das polizeiliche Vorgehen ist auf ein Dulden gerichtet. Die Polizei schreitet ein, weil eine Störung der öffentlichen Ordnung (objektiv) vorliegt. Sie hat dieselbe gemäss ihres Amtes wiederherzustellen, weil kein Störer (subjektiv) vorhanden ist.

bb) Die Ursache liegt in dem Eigentum eines Dritten.

Es gilt zunächst klarzustellen, wer in diesen Fällen das grundsätzlich verpflichtete Rechtssubjekt, d. h. wer der eigentliche Störer der öffentlichen Ordnung ist. Diese Frage musste bisher dahin beantwortet werden, dass es grundsätzlich der Ur-

[241] Entscheid. d. preuss. OVG. Bd. 49 S. 15, 16.

heber des polizeiwidrigen Zustandes ist, der Eigentümer aber nur dann, wenn eine gesetzliche Verpflichtung für ihn besteht. Hierzu gehörte auch der Fall, wo die Störung von selbst auf dem betreffenden Grundstücke entstanden war. Ergab sich dies schon als Folgerung aus dem Satze, dass niemand die öffentliche Ordnung stören dürfe, dass also die Polizei im Zweifel den Störer in dem Urheber zu erblicken habe, so versagt diese Schlussfolgerung jedenfalls in dem vorliegenden Falle, wo es sich um zwei auf einander einwirkende Grundstücke handelt.

Für die Polizeigewalt kann das Rechtssubjekt regelmässig „kein anderes sein, als der Untertan, von welchem die Störung ausgeht". „Ausgeht die Störung von demjenigen, dessen Lebenskreise sie entspringt." „Nicht kann der Einzelne polizeilich verantwortlich gemacht und in seiner Freiheit beschränkt werden wegen Störungen, welche von einem fremden Lebenskreise ausgehen." „Wenn es sich einfach darum handelte, Störungen des Gemeinwesens durch obrigkeitliche Gewalt zu beseitigen, so würde es ja häufig der geradeste Weg zum Ziel sein, dem Nachbar dessen, von dem die Störung ausgeht, eine Vorrichtung anzubefehlen, welche einfach und ohne viel Umstände der Störung abhülfe. Oder man verböte dem Einen ein an sich berechtigtes, nicht aber notwendiges Verhalten, weil es dem anderen starken Anlass zu Störungen gibt"[242]. Mit diesen Sätzen gibt Otto Mayer wieder, wer im allgemeinen als das polizeilich verpflichtete Subjekt zu gelten hat.

Allerdings entspricht die Polizei heute noch sehr häufig diesen Forderungen nicht, indem sie Verfügungen erlässt, die sich nicht gegen den unmittelbar Störenden, sondern gegen denjenigen richten, dessen persönliches Verhalten oder dessen Zustand seiner Sachen die Ursache gewesen ist, das Dritte gestört haben. Es kann also nicht als rechtmässig anerkannt werden, wenn die Polizeibehörde einer religiösen Sekte nur bei geschlos-

[242] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 265, 266.

senen Türen und Fenstern sich zu versammeln gestattet, „damit die Passanten kein Aergernis nehmen, und die Versammlung nicht durch sie gestört werde“ [243], oder wenn von einem Ladeninhaber die Entfernung gewisser Gegenstände aus dem Schaufenster deshalb verlangt wird, weil dadurch eine Verkehrsstockung auf der Strasse verursacht wird. In diesen Fällen handelt es sich um einen „psychischen Kausalzusammenhang“. Der Wille des Urhebers der Störung, des Störers, lässt sich auf das Verhalten eines Dritten zurückführen [244].

Aber die vorstehenden Grundsätze haben in gleicher Weise zu gelten, wenn ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Dies zeigt sich dann, wenn der polizeiwidrige Zustand eines Grundstückes auf einem anderen Grundstücke seinen Ursprung hat. Man wende nicht ein, dass, wenn man als den Störer regelmässig den „Urheber“ ansieht, man folgerichtig hier grundsätzlich den Eigentümer, auf dessen Grundstück die Polizeiwidrigkeit ihren Ursprung hat, für das verpflichtete Rechtssubjekt zu erklären habe. Das ist nicht richtig. Dem Urheber im Sinne der vorliegenden Fälle kommt eine ganz andere rechtliche Stellung zu als dort, wo ein Unberechtigter in eine fremde Sache direkt eingreift. Eine solche Handlung ist verboten. Folglich haftet auch der Handelnde für ihre Wirkungen. Hier aber ist das Eigentum des Dritten „an sich“ polizeigemäss gestaltet. Ein polizeiwidriger Zustand liegt nicht vor. Ebensowenig würde eine polizeiwidrige Handlung gegeben sein; denn eine solche wird allein in der Schaffung des polizeiwidrigen Zustandes, nicht aber darin erblickt, dass mit einer Sache etwas an sich Erlaubtes vorgenommen wird [245], wodurch erst mittelbar eine Polizeiwidrigkeit bei einem Dritten entsteht. Die Polizei ist also gar nicht be-

[243] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 266 Anm. 18; Fleiner, Einzelrecht u. öffentl. Interesse S. 88 ff.

[244] Schultzenstein a. a. O. S. 32.

[245] Vgl. oben sub B, 1.

rechtigt, gegen den Eigentümer des fremden Grundstückes vorzugehen. Nur der unmittelbar Störende ist das polizeilich verpflichtete Rechtssubjekt. „Die Polizeibehörde kann sich nur an den Eigentümer halten, von dessen Grundstück die Schädlichkeit ausgeht“ [246].

Es ist also auch hier keine Frage der Zweckmässigkeit, gegen welchen von beiden Eigentümern die Polizeibehörde in casu ihre Verfügung richtet. Der Tatbestand entzieht sich hier ebensowenig der richterlichen Cognition wie dort, wo die Polizei statt gegen die Störer des öffentlichen Verkehrs vorzugehen, die Schliessung von Türen und Fenstern des Versammlungslokales einer Heilsarmee anordnet [247]. Hieraus ergibt sich: Die Polizei hat sich in den Fällen, wo der polizeiwidrige Zustand eines Grundstückes seinen Ursprung auf einem Nachbargrundstück hat, grundsätzlich an den Eigentümer des in störendem Zustande sich befindenden Grundstückes zu halten.

Nun wird aber von der herrschenden Meinung angenommen, es sei „die allgemeine Pflicht des Eigentümers, sein Grundstück in einem polizeigemässen Zustande zu erhalten, dann ausgeschlossen, wenn seine spezielle Verpflichtung oder die Grenzen derselben durch besondere Gesetze geregelt sind“ [248]. Nach unseren obigen Ausführungen würde dies dahin auszudrücken sein, dass der die polizeiliche Zuständigkeit umschreibende Begriff der öffentlichen Ordnung, wenn und insoweit eine gesetzte Norm das Objekt oder das Subjekt näher bestimmt hat, demselben höchstens noch subsidiäre Geltung zukommt [249]. Das Objekt wird durch verschiedene öffentlich-rechtliche Spezialbestimmungen über Gewerbe-, Bau-, Wasser-, Forstpolizei usw. ergänzt oder abgeän-

[246] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 267 Anm. 10 a. E.
[247] Fleiner a. a. O. S. 9.
[248] Stier-Somlo a. a. O. S. 351.
[249] Vgl. oben § 4.

dert. Das Gleiche ist in Bezug auf das Subjekt möglich. Ohne weiteres gilt dies für öffentlich-rechtliche Normen. Aber nach unseren früheren Ausführungen ist durchaus kein Grund vorhanden, Privatrechtssätze anders zu beurteilen[250].

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Frage, wie das Verhältnis zwischen zwei Grundstückseigentümern sich gestaltet[251]. Dieses bestimmt sich nach Nachbarrecht. Dessen Vorschriften gelten regelmässig auch bei blossem Kausalzusammenhang, sodass das Verschuldungsmoment nicht in Frage kommt. Es ist also der störende Nachbar und nur er der Polizei gegenüber haftbar, wenn der Eingriff nach Nachbarrecht unstatthaft ist, und umgekehrt, den polizeiwidrigen Zustand eines Grundstückes hat der Eigentümer und nur er zu vertreten, wenn er infolge nachbarrechtlich berechtigter Einwirkungen entstanden ist. Ist die Verursachung einer Polizeiwidrigkeit nachbarrechtlich erlaubt, dann ist der polizeiwidrige Zustand des beeinflussten Grundstückes eben in dem „Eigentum“ an demselben enthalten. Eine gegen den betreffenden Eigentümer sich richtende Verfügung würde also seine Rechte treffen. Ihm als Eigentümer kommt von Gesetzeswegen die Vertretung des Zustandes seines Eigentums zu. Es ergibt sich also weiterhin, dass für den Fall, wo durch nachbarrechtliche Einwirkungen ein polizeiwidriger Zustand eines Grundstücks entstanden ist, der Eigentümer des die Störung verursachenden Grundstückes nur haftbar gemacht werden kann, wenn die Einwirkung auf das störende Grundstück gesetzlich (insbesondere nachbarrechtlich) unerlaubt ist.

[250] Vgl. oben nach Anm. 30.

[251] Hierher gehört also z. B. nicht der Fall, der in Entscheid. d. RG. i. Zivils. Bd. 37 S. 331 ff. vorliegt: von einem Privatsee gehen gesundheitsgefährliche Ausdünstungen aus, wodurch die Einwohner der benachbarten Stadtgemeinde gefährdet werden. Nach Nachbarrecht würde für den Eigentümer keine Reinigungspflicht bestehen. Im obigen Falle handelt es sich jedoch nicht um nachbarrechtliche Beziehungen.

Dabei kann einerseits die Art der Benutzung des fremden Grundstückes von Einfluss sein. Es sind dies die Fälle, wo „die Gefahr aus Handlungen oder Unterlassungen des Eigentümers“ oder einer sonst über die Sache verfügenden Person entstanden ist. Diese Fälle sind denjenigen verwandt, wo durch die Handlung eines Dritten eine Sache in polizeiwidrigen Zustand versetzt wird. Der Unterschied ist aber folgender. Während in jenen Fällen der privatrechtlich berechtigte oder unberechtigte Dritte in die fremde Sache direkt eingreift, wirkt er hier indirekt auf dieselbe ein. Wie oben ausgeführt wurde, sind es nachbarrechtliche Beziehungen, die hier zwischen dem einen und dem anderen Grundstücke stattfinden. Es fragt sich, welche Stellung der Dritte hier der Polizei gegenüber einnimmt.

Man denke z. B. an den Fall, wo durch Arbeiten auf einem Grundstück das benachbarte Grundstück versumpft[252] oder durch Ableitung von Schmutzwasser auf das Nachbargrundstück dieses gesundheitsschädlich wird[253]. Die Entscheidung, dass in diesem Falle der Eigentümer des in polizeiwidrigem Zustande sich befindenden Grundstückes das verpflichtete Rechtssubjekt sei und nicht derjenige, welcher durch die Art der Benutzung seines Grundstückes daran schuld ist, ist dem Prinzipe nach richtig. Aber der Urteilstenor muss dartun, dass die Einwirkung von dem Nachbargrundstücke her nachbarrechtlich erlaubt und daher von dem Eigentümer des beeinflussten Grundstückes zu vertreten ist.

In dem früher zitierten Urteil des preussischen Oberverwaltungsgerichtes wird gesagt, dass, wenn von einem Grundstück aus ein anderes in einen polizeiwidrigen Zustand versetzt wird, der Eigentümer des ersteren polizeilich verpflichtet nur ist, „wenn die Gefahr aus Handlungen oder Unterlassungen des Eigentümers, aus der Art der Nutzung oder Benutzung des Grund-

[252] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 267 Anm. 10 a. E.
[253] Fischers Zeitschr. Bd. 29 S. 100 ff.

stückes entstanden ist.“ Diese Ansicht hat in der Tat eine gewisse Berechtigung, wenn man die nachbarrechtlichen Bestimmungen des BGB. §§ 903 ff. daraufhin prüft. Darnach kann der Eigentümer andere von einer Einwirkung auf sein Grundstück ausschliessen — sodass also der die Störung verursachende Nachbar polizeilich verpflichtet sein würde — wenn eine „Zuführung“ gewisser Imponderabilien stattfindet, die das Grundstück wesentlich beeinträchtigen. Unter Zuführung werden alle „Fernwirkungen des eigenen Verhaltens des Nachbarn über die Grundstücksgrenze hinaus“ verstanden[254]. Das Verhalten muss ein Tun oder Unterlassen sein[255]. Nach § 907 kann der Eigentümer verlangen, dass nicht Anlagen „hergestellt“ werden, die voraussichtlich schädigend auf sein Grundstück einwirken. § 908 spricht aus, dass der Nachbar bei dem drohenden „Einsturz eines Gebäudes oder eines andern Werkes“ die „erforderliche Vorkehrung trifft“. § 909 bestimmt, dass ein benachbartes Grundstück nicht in einer das Nachbargrundstück schädigenden Weise „vertieft“ werden darf. Man sieht, dass alle diese Bestimmungen sich auf eine menschliche Tätigkeit beziehen und dass also die Ansicht des angeführten Urteils einen Rückhalt im Gesetze findet. Aber trotz alledem hat es bei den von uns ausgesprochenen Grundsätzen sein Bewenden, dass zwar im Zweifel der Eigentümer des in störendem Zustande sich befindenden Grundstückes, sonst aber immer derjenige von beiden Eigentümern das polizeilich verpflichtete Subjekt ist, der von Gesetzeswegen die Störung der öffentlichen Ordnung zu vertreten hat.

Schliesslich ist noch der Fall zu erörtern, wo die natürliche Beschaffenheit eines fremden Grundstückes einen polizeiwidrigen Zustand auf einem andern Grundstück bedingt. Von dem oben angezogenen Urteil wird festgestellt, dass in solchen Fällen eine

[254] Staudinger a. a. O. S. 207.
[255] Vgl. hierzu Planck a. a. O. S. 138, 139.

Inanspruchnahme des die Störung verursachenden Grundstücks nicht angängig ist. Dem ist beizupflichten, und zwar aus den gleichen Gründen, die wir bei Erörterung des vorhergehenden Falles angeführt haben, nämlich im Hinblick auf die Normen des Nachbarrechts. Nach diesen sind im allgemeinen nur die Beeinträchtigungen eines Nachbargrundstückes verboten, die sich auf ein Verhalten zurückführen lassen. Aber die in der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Einwirkungen hat der benachbarte Eigentümer nicht zu vertreten. Wenn es sich um eine „Gefahr" handelt, die von einem Grundstück ausgeht, und das wird bei der natürlichen Beschaffenheit wohl die Regel sein, dann hat der bedrohte Eigentümer ein Recht, dass der Verantwortliche eine Vorkehrung trifft. Dies Recht besteht aber nur gegenüber einer von einem „Gebäude" oder einem andern „Werke" ausgehenden Gefahr, nicht aber, wenn die letztere in der natürlichen Beschaffenheit liegt. In diesem Falle hat der bedrohte Eigentümer selbst für die Abwendung der Gefahr zu sorgen, und zwar gemäss § 904 BGB.

Der eben entwickelten Ansicht ist auch der Württembergische Verwaltungsgerichtshof in einem Urteile vom 29. Januar 1902[256], in dem er sich über die Tragweite des vom preussischen Oberverwaltungsgericht entwickelten Grundsatzes ausspricht, dass dem Eigentümer die Verpflichtung zur Erhaltung seines Grundstückes in einem den polizeilichen Anforderungen entsprechenden Zustande obliegt. Es handelt sich um den Fall, wo infolge Schaffens der Naturkräfte von dem steilen Felsabhange eines Privatgrundstückes Felsblöcke sich loszulösen drohen und dadurch die Sicherheit der Bewohner eines darunter liegenden Hauses gefährden. In der Begründung heisst es: „Für die rechtlichen Beziehungen zwischen dem . . . Eigentümer des gefährdeten Grundstücks und . . . dem Eigentümer des Gefahr drohenden Grundstücks kommen in erster Linie die den Inhalt des Eigentums und

[256] Jahrb. d. Württbg. Verwaltungsrechtspflege Bd. 14 S. 114 ff.

das Nachbarrecht betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 903—924 und des Ausführungsgesetzes . . . in Betracht. Nach § 903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Eine Ausnahme hiervon ist für den Fall des Notstandes im § 904 vorgesehen; der Eigentümer muss die Einwirkung eines andern auf die Sache dulden, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. . . . Nachbarrechtlich ist hiernach . . . K. zur Herstellung von Schutzvorrichtungen gegen die seinem Grundstücke drohende Gefahr verpflichtet, mag er diese nun auf seinem eigenen Grund und Boden oder unter Inanspruchnahme des Eigentums des Nachbarn ausführen. Die Polizeibehörde ist . . . vermöge ihrer allgemeinen Befugnisse . . . in der Lage, solange die erforderlichen Schutzmassregeln nicht getroffen sind, das Bewohnen des gefährdeten Hauses zu untersagen. Die polizeiliche Fürsorge für die Sicherheit der Bewohner des . . . Hauses rechtfertigt hiernach nicht eine polizeiliche Auflage, welche mit der gesetzlichen Regelung der nachbarrechtlichen Beziehungen im Widerspruch steht und die sich daraus für den vorliegenden Fall ergebende Lastenverteilung umkehrt."

b) Es gilt nun noch eine Unterscheidung zwischen der dem Eigentümer und dem Besitzer der Sache zukommenden Vertretungspflicht zu machen.

Hierbei soll nicht untersucht werden, ob und wieweit für den Besitzer eine Verpflichtung besteht[257]. Für den vorliegen-

[257] Vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 7. Dort wird gesagt, der Grundsatz, „dass der Eigentümer einer Sache . . . verpflichtet ist, die Sache in polizeigemässem Zustande zu erhalten . . . dahin zu erweitern sein dürfte, dass an die Stelle des Eigentümers jeder zu setzen ist, dem eine die Be-

den Zweck genügt es nachzuweisen, in welchem Umfange der Eigentümer als Nichtbesitzer neben dem Besitzer polizeilich haftbar ist.

Diese Frage ist gleichbedeutend mit der oben beantworteten: unter welchen Voraussetzungen hat der Eigentümer, wenn ein anderer Besitzer ist, nach Privatrecht eine von dem Grundstück ausgehende Störung zu vertreten? — Es ist auch hier der Rechtsgedanke massgebend, dass der „Störer" zur Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes bezw. zur Unterlassung verpflichtet ist. Für den Eigentümer besteht aber — genau wie beim Vorhandensein eines durch einen unberechtigten Dritten hervorgerufenen polizeiwidrigen Zustandes — eine Haftbarkeit nur dann, wenn sie sich auf einen besonderen Rechtssatz zurückführen lässt[258].

§ 6. Die Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichtes.

Die im Vorgehenden entwickelten Grundsätze sind gemeines deutsches Recht. Für das Königreich Sachsen sind sie insofern von besonderem Interesse, als hier eine gesetzliche Regelung der allgemeinen polizeilichen Befugnisse fehlt. Auf die Frage, was man unter „Polizei" nach sächsischem Rechte zu verstehen hat, kann aber die Antwort nicht anders lauten als nach gemeinem deutschen Recht. In einem formellen staatsrechtlichen Sinne ist „Polizei" eine Seite der staatlichen „Gewalt", diejenige nämlich, welche den Willen des Gesetzes auf dem Gebiete der Verwaltung durchführt. In einem materiellen verwaltungsrechtlichen Sinne ist „Polizei" ein „Inbegriff" von Rechtssätzen. Diese beziehen sich, wie alle für die Verwaltung bestehenden, auf das öffentliche Interesse. Sie unterscheiden sich von den letzteren nur mit Rücksicht auf die Rechtsquelle. Die polizei-

seitigung der betreffenden Polizeiwidrigkeit ermöglichende Verfügungsgewalt über die Sache in dem erforderlichen Masse zusteht."

[258] Siehe oben sub 2a, β, aa.

lichen Rechtssätze sind entsprechend ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung regelmässig gewohnheitsrechtliche, die sonstigen Verwaltungsrechtssätze aber, der „Idee“ des modernen Staates entsprechend, gesetzliche Normen.

Auf die ebengenannte „Idee“ bezieht sich der Ausspruch von Otto Mayer: „Die Polizeigewalt im Königreich Sachsen ist im deutschen Reiche so ziemlich am weitesten entfernt von derjenigen Umgrenztheit, welche sie im Rechtsstaate haben soll“ [259]. Diese Behauptung würde aber nur dann eine Berechtigung haben, wenn man ausschliesslich geschriebene Rechtssätze als dem Rechtsstaate entsprechend ansieht. Nach unseren früheren Ausführungen wird jedoch der rechtsstaatliche Standpunkt auch dann gewahrt, wenn gewohnheitsrechtliche Normen die Grundlage der behördlichen Tätigkeit bilden. Diese Ansicht wird durch § 27 der sächsischen Verfassungsurkunde bestätigt, wo bestimmt wird: „Die Freiheit der Personen und die Gebahrung mit dem Eigentume sind keiner Beschränkung unterworfen, als welche Gesetz und Recht vorschreiben“. Unter „Recht“ kann nichts anderes verstanden werden, wie auch das sächsische Oberverwaltungsgericht in konstanter Rechtssprechung annimmt, als das ungeschriebene Recht, das öffentlich-rechtliche Gewohnheitsrecht [260]. Damit ist für die von uns vertretene Meinung, dass Verhältnisse zwischen Staat und Untertanen sich gewohnheitsrechtlich regeln lassen, eine ausdrückliche Bestätigung im positiven Rechte für Sachsen geschaffen.

Der Streit um das Polizeiverordnungs- und Polizeiverfügungsrecht, wie er das preussische Polizeirecht beherrscht, besteht in Sachsen nicht. Die Verwaltungsbehörden haben das Recht, Polizeiverordnungen (Polizeiregulative) ebenso wie Polizeiverfügungen zu erlassen [260]. Denn nach § 2 Ziff. 1 des Gesetzes A.

[259] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 264 Anm. 8.
[260] Vgl. v. d. Mosel, Handw. d. Sächs. Verw.rechts 1907 S. 595, 596.

vom 28. Januar 1835 sind die Behörden befugt „innerhalb ihrer Kompetenz ihre Verfügungen mit Nachdruck durchzuführen und zu dem Ende im allgemeinen (durch Verordnungen) oder in einzelnen Fällen sachgemässe Strafen anzudrohen und zu vollstrecken". Was zu der Kompetenz der Verwaltungsbehörden gehört, wird aber nirgends abschliessend bestimmt. Nichts anderes gilt für die Verordnung vom 14. Dezember 1870[262], wo es im § 3 heisst: „Eine von der zuständigen Behörde innerhalb ihrer Befugnis erlassene sei es im allgemeinen oder auch nur der betreffenden Person erteilte Strafandrohung, ist als genügende Grundlage zur polizeilichen Bestrafung anzusehen[263].

Im Nachstehenden soll die auf den Begriff der Polizei und deren Verhältnis zum Eigentum sich beziehende Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichtes zusammengefasst und, soweit nötig erscheinend, kritisch beleuchtet werden.

I. Ueber den Begriff der Polizei und die Grenzen der Polizeigewalt im allgemeinen.

Die Polizei ist befugt zur Ausübung der Theaterzensur, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Sie hat zu prüfen, ob ein Stück „sittlich anstössig" ist. Denn diese Befugnis ist „ein Ausfluss des unzweifelhaft bestehenden Rechts der Verwaltungsbehörden, vom allgemeinen polizeilichen Standpunkte aus vorbeugende Massregeln auf dem Gebiete der Ordnungs- und Sittenpolizei zu treffen". (Urt. v. 16. März 1901, Jahrb. Bd. 1, S. 26; vergl. auch Bd. 2, S. 28 ff.)

Der polizeiliche Schutz gegen Störungen der Nachtruhe von abends 10 Uhr ab wird „von der allgemeinen Rechtsüberzeugung wie von der Rechtsprechung" gleichmässig anerkannt. Ein Schutz auf Abendruhe lässt sich „aus den Anschauungen, Gewohnheiten

[262] Gesetz- und Verordnungsblatt S. 373.

[263] Eine Unterscheidung zwischen Exekutiv- und Kriminalstrafen soll hier nicht gemacht werden. Vgl. hierüber Hofacker, Verhältnis der Exekutiv- . . . zu den Kriminalstrafen Verw.Arch. Bd. 14 S. 447 ff.

und Bedürfnissen der Bevölkerung“ nicht begründen. Die Störungen „der guten Ordnung des Gemeinwesens“ finden ihre Grenze in der Rücksicht auf das Erwerbsleben und in der dadurch begründeten Pflicht des einzelnen, sich solchen Nachteilen und Belästigungen zu fügen, die ohne unverhältnismässigen Kostenaufwand nicht zu vermeiden sind. Wenn die Sicherung der Nachtruhe gegenüber „den gesteigerten Anforderungen, die das heutige Erwerbs- und Verkehrsleben an die Kräfte und an die Gesundheit der Menschen, zumal in der Grossstadt stellt“, „ein dringendes Erfordernis der öffentlichen Gesundheitspflege“ ist, stellt sich die Forderung auf Abendruhe „gegenüber den berechtigten Anforderungen des Erwerbs- und Verkehrslebens“ als zu weitgehend dar. (Urt. v. 22. August 1901, Jahrb. Bd. 1, S. 200 ff.)

Auch gegenüber der Kirche besteht „das ungeschriebene Recht der staatlichen Polizeigewalt, Anordnungen zum Schutze des Lebens und der Gesundheit des Publikums zu treffen“. Es ist ein allgemeines und wird nur durch besondere gesetzliche Bestimmungen beschränkt. (Urt. v. 18. Juni 1902, Jahrb. Bd. 3, S. 63 ff.)

Die Polizeibehörde ist befugt, „aus erziehungspolizeilichen Gründen“, wenn im elterlichen Haushalte der Aufenthalt mit geistigen oder leiblichen Gefahren für das Kind verbunden ist, für anderweitige Unterbringung zu sorgen. Die Polizeibehörde hat aber nur eine vorläufige Anordnung zu treffen, da die definitive Regelung dem Vormundschaftsgericht obliegt. Nach unserer Ansicht übt hier die Polizei nur eine „amtliche“ Tätigkeit aus: Schutz der Rechtsgüter des einzelnen, der sich nicht selbst helfen kann. (Urt. v. 18. Oktober 1902, Jahrb. Bd. 3, S. 316 ff.)

Schwierigkeiten der Ueberwachung eines Unternehmens berechtigen die Polizei, solange „eine besondere gesetzliche Ermächtigung“ nicht vorliegt, noch nicht zur Anordnung von Vor-

beugungsmassregeln. (Urt. v. 20. Dezember 1902, Jahrb. Bd. 4, S. 73 ff.)

Das Verhalten des einzelnen rechtfertigt nur dann ein polizeiliches Einschreiten, wenn es entweder „an sich verboten" ist oder die gute Ordnung „unmittelbar stört". Beides ist bei Musikaufführungen nicht der Fall. Erfolgen durch sie Verkehrsstockungen vor einer Wirtschaft, so kann die Polizei nicht gegen den Besitzer derselben, sondern nur gegen das Publikum vorgehen, durch welches der unmittelbar störende Eingriff in die öffentliche Ordnung durch Verkehrsstörung erfolgt. (Urt. v. 17. Januar 1903, Jahrb. Bd. 4, S. 66 ff.)

Obschon das Oberverwaltungsgericht die „Befugnis der Polizeigewalt, dem einzelnen in der Ausübung und Ausnutzung seines Eigentumsrechtes zum Schutze der Allgemeinheit Beschränkungen aufzuerlegen" anerkennt, nimmt es an, dass, wenn durch eine Bekanntmachung „eine allgemeine und erschöpfende Regelung derjenigen Anforderungen . . ., die zur Sicherung der Warenhäuser gegen Feuersgefahr in bezug auf Betrieb und bauliche Einrichtungen" erfolgt ist, die Polizeibehörde im Wege der Einzelverfügung darüber hinauszugehen nicht befugt ist. (Urt. v. 17. Juli 1903, Jahrb. Bd. 4, S. 353 ff.)

Aus „dem Wesen und dem Zwecke der Polizeigewalt" ergibt sich „das Recht der Polizeibehörden, Störungen und Gefährdungen der öffentlichen Ruhe und Ordnung vorzubeugen", sodass eine Verfügung rechtsgültig ist, durch die einem Schankwirt aufgegeben wird, für Ruhe und Ordnung in seinem Lokale und nach aussen hin zu sorgen. (Urt. v. 15. Juli 1904, Jahrb. Bd. 6, S. 153 ff.)

Die sächsischen Polizeibehörden sind berechtigt, den Verkehr zwischen Personen verschiedenen Geschlechts dann zu verbieten, wenn er auf einer „unsittlichen Grundlage" beruht und „öffentliches Aergernis" erregt, hierdurch aber „die gute Ordnung des Gemeinwesens" stört. Dieses Recht ist „ein Ausfluss der

allgemeinen, auch ohne geschriebenes Recht anzuerkennenden Befugnis der Polizeigewalt, auf dem Gebiete der Ordnungs- und Sittenpolizei überall da einzuschreiten, wo eine Gefährdung des öffentlichen Interesses droht". Dieses Recht wird nur durch besondere gesetzliche Bestimmungen beschränkt. Das Strafgesetzbuch findet nicht Anwendung, weil „im Wesentlichen nur die Verhütung einer Störung der öffentlichen Ordnung" in Frage steht. Auch § 27 der Verf.-Urk. greift nicht Platz, da die Worte „Gesetz und Recht" nicht besagen, „dass hierunter lediglich ein geschriebenes Recht zu verstehen sei". (Urt. v. 20. Aug. 1904, Jahrb. Bd. 6, S. 157 ff.)

Zwar hat die Polizei die Aufgabe, Beeinträchtigungen und Gefährdungen des allgemeinen Wohles, zu denen auch strafbare Handlungen gehören, tunlichst vorzubeugen, doch dürfen sich die darauf abzielenden Massregeln nicht bloss auf die Möglichkeit einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung stützen, sondern es müssen, von besonderen gesetzlichen Ermächtigungen abgesehen, Tatsachen vorhanden sein, welche eine derartige Annahme genügend begründen. (Urt. v. 14. September 1904, Jahrb. Bd. 6, S. 240 f.)

Die Polizei ist befugt, auch zur Ordnung des Ziehkinderwesens einzuschreiten. Zwar hat eine gesetzliche Regelung desselben in Sachsen nicht stattgefunden, aber die sächsische Praxis hat das Ziehkinderwesen „von alters her" als eine den Polizeibehörden zufallende Aufgabe des öffentlichen Rechts behandelt. Dieser „Uebung" lässt sich deshalb nicht entgegentreten, weil „die Ordnung des Gemeinwesens im Hinblicke auf die Gefahren, die solchen Kindern namentlich in Grossstädten drohen", eine Ueberwachung des Ziehkinderwesens verlangt. Dazu sind die Träger der Polizeigewalt, „denen die Abwehr der für das Gemeinwesen schädlichen Störungen begrifflich ja zufällt" „nach allgemeinen Grundsätzen" berufen. — Die Polizeibehörde hat aber nur „einstweilige Anordnungen" zu erlassen. — Nach

unserer Auffassung kommt hier der Begriff der öffentlichen Ordnung als materiellrechtliche Norm garnicht in Betracht. Die Polizei schreitet kraft ihres „Amtes“ ein: Schutz den Hilflosen. (Urt. v. 19. Oktober 1904, Jahrb. Bd. 6, S. 236 ff.)

Der Inhaber eines Privatbankgeschäftes kann polizeilich nicht verpflichtet werden, den vorhandenen Bestand an gewissen Münzsorten der Behörde anzuzeigen; denn die Staatsgewalt kann von dem Untertanen ein Tun oder Unterlassen „nur auf Grund eines Rechtssatzes“ fordern. Dieser Grundsatz ist auch in § 27 der Verf.-Urk. ausgesprochen, indem der einzelne zu einem seine Freiheit beschränkenden Tun oder Unterlassen nur insoweit verpflichtet ist, „als das auf Gesetz oder Recht, d. h. auf einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatze“ beruht. Es gibt auch keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach der Untertan verpflichtet ist, sich jeder behördlichen Anordnung zu unterwerfen; denn dann hätte jeder Rechtsschutz aufgehört. Nur auf dem Gebiete der Polizei wird als „Folge der allgemeinen Untertanenpflicht, die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht zu stören“ auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, „die auf dem ungeschriebenen Rechte beruhende Befugnis der Verwaltungsbehörden“ anerkannt, entsprechende Verfügungen mit unmittelbar verbindlicher Kraft zu treffen. (Urt. v. 21. Januar 1905, Jahrb. Bd. 7, S. 12 ff.)

Es widerspricht „den sittlichen Anschauungen und Grundsätzen der herrschenden Gesellschafts- und Rechtsordnung“, dass zwischen zwei Personen ein intimes Verhältnis besteht, das auf ausserehelichen Beischlaf schliessen lässt, auch wenn es nicht unter den Begriff des Konkubinats fällt, und zwar deshalb, weil darin der Tatbestand des in § 172 StrGB. unter Strafe gestellten Ehebruchs gegeben ist. Darin liegt aber zugleich „eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens“, da „sowohl bei den Hausbewohnern als in der Nachbarschaft Anstoss und hierdurch öffentliches Aergernis“ erregt worden ist. Da die Polizei

„öffentliche Störungen und Gefährdungen der Sittlichkeit zu beseitigen und zu verhüten“ hat, ist sie berechtigt, soweit „als es das zu schützende öffentliche Interesse erfordert“, soweit also ihre Massnahmen „zu dem zu verfolgenden Zwecke im richtigen Verhältnisse stehen und die Grenzen des Nötigen und Gebotenen einhalten“, den einzelnen in seiner persönlichen Freiheit zu beschränken. (Urt. v. 1. November 1905, Jahrb. Bd. 8, S. 196 ff.)

Das Oberverwaltungsgericht erklärt sogar die Polizei für berechtigt, gegen ein sogen. Aufsatzinstitut vorzugehen. „Polizeiliches Einschreiten ist zweifellos da am Platze, wo es sich um die Beseitigung oder Verhinderung eines unsittlichen Treibens handelt, das die gute Ordnung in erheblichem Masse stört oder gefährdet.“ Im vorliegenden Falle hat die Allgemeinheit ein wesentliches Interesse daran, „dass die Schüler der höheren Lehranstalten . . . nicht zur Täuschung ihrer Lehrer verleitet werden, und dass die gedeihliche Ausbildung der Jugend frei von Erschwerungen der hier in Betracht kommenden Art bleibt“. (Urt. v. 25. Juli 1906, Jahrb. Bd. 9, S. 212 ff.)

Die Polizei ist befugt, gegen Konkubinate einzuschreiten. Wenngleich die „Bestrafung“ derselben gesetzlich nicht normiert ist, so ist doch die in einer Verfügung angedrohte polizeiliche Zwangsstrafe anders zu beurteilen. Für Sachsen ist daher an der Zulässigkeit des polizeilichen Einschreitens gegen das dem Ehestande ähnliche Zusammenleben ehelich nicht verbundener Personen nicht zu zweifeln, „zumal die sächsische Praxis bei solchem Einschreiten von jeher den Gesichtspunkt der Verhütung einer Störung der öffentlichen Ordnung, der guten Ordnung des Gemeinwesens in den Vordergrund gestellt hat“. Die Begründung glaubt der Gerichtshof „vornehmlich in der Notwendigkeit eines Schutzes des einen Grundpfeiler des Staatslebens bildenden Instituts der Ehe“ zu finden, das dadurch „in seinem staatserhaltenden Werte herabsinkt und an der zum Gedeihen des Gemeinwohles erforderlichen Achtung einbüsst“. Dazu kommt,

dass ein derartiges Zusammenleben „die Armut und sonstige soziale Schäden in hohem Grade fördert und die staatliche Ordnung namentlich auch insofern gefährdet, als die aus den wilden Ehen hervorgehenden, des festen Haltes der Familie entbehrenden Kinder nicht nur häufig in ihrer Erziehung vernachlässigt werden, sondern vielfach auch mit ihren Müttern in Not und Elend geraten". (Urt. v. 5. September 1906, Jahrb. Bd. 9, S. 297 ff.)

Im Interesse der Gesunderhaltung des Volksganzen hat die Polizei jede Störung der nächtlichen Ruhe, ohne Rücksicht darauf, wen und wieviele Personen sie trifft, „gleichzeitig als Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens" zu verbieten. Es kommt nicht darauf an, ob durch den Lärm die allgemeine Nachtruhe oder nur die eines individuell begrenzten Personenkreises oder einer einzelnen Person beeinträchtigt wird. Es besteht der Anspruch des einzelnen, „während der Nachtzeit gegen derartige Beeinträchtigungen geschützt zu sein, da sonst der menschliche Körper allmählich diejenige Widerstandskraft verlieren würde, die erforderlich ist, um tagsüber jene Störungen ohne Gefahr für die Gesundheit ertragen zu können". Es darf sich nicht bloss um Belästigungen, sondern es muss sich um Gefährdungen der Gesundheit Dritter handeln, wofür als Massstab „das Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen" gilt. Es handelt sich dabei um eine polizeiliche Tätigkeit „im Interesse des allgemeinen Wohls" und nicht um Geschäfte des Zivilrichters. — Nach unserer Auffassung kann die Polizei auf Grund des materiellen Gewohnheitsrechtes nur dann tätig werden, wenn der Lärm in casu nach Art und Stärke eine Störung der „öffentlichen" Ordnung darstellt. Werden nur einzelne bestimmte Personen betroffen, dann würde die Polizei gemäss ihres „Amtes" eine einstweilige Hilfe, d. h. für die betreffende Nacht zu gewähren haben. (Urt. v. 7. November 1906, Jahrb. Bd. 10, S. 25 ff.)

II. Ueber das Verhältnis von Eigentum und Polizei im besonderen.

Eine sonderbare Behandlung lässt der Gerichtshof dem Falle zu Teil werden, wo der Nachbar an seiner Handstickmaschine von früh bis spät abends arbeitet und den Eigentümer durch den Lärm stört. Statt die Klage einfach damit abzuweisen, dass es sich dabei lediglich um eine nachbarrechtliche privatrechtliche Beziehung handelt, wird ausgeführt, dass die Polizei nur einzuschreiten habe, wenn die Beeinträchtigungen Dritter „über das Mass (!) dessen hinausgehen, was die Allgemeinheit, das Publikum, und daher auch der einzelne als unvermeidliche Folge des gesellschaftlichen Beisammenlebens der Menschen . . . ertragen muss". Die Polizei hätte lediglich — vermöge ihres Amtes! — eine vorläufige Anordnung treffen dürfen. (Urt. v. 27. April 1901, Jahrb. Bd. 1, S. 43 ff.)

Durch die Neuerrichtung einer verheerten Stauanlage seitens des Rittergutspächters ist ein polizeiwidriger Zustand geschaffen worden. Zur Beseitigung dieses Zustandes ist allein der Urheber verpflichtet, nicht aber die Rittergutsherrschaft. (Urt. v. 3. August 1901, Jahrb. Bd. 1, S. 203 ff.)

Es besteht „das Interesse an einer freien und schönen Entwicklung der Städte", sodass auch dieses „ästhetische Interesse" heutzutage in Fällen der Erschliessung neuen Baugeländes von der Baupolizeibehörde beachtet werden muss. (Urt. v. 19. Okt. 1901, Jahrb. Bd. 1, S. 313 ff.)

Eine eingehendere Begründung — als in dem weiter oben erwähnten Urteil — gibt das Oberverwaltungsgericht bei einer anderen nachbarrechtlichen Einwirkung durch Geräusch und Erschütterungen. „Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens" liegen darnach nur vor, wenn die nachbarrechtlichen Beeinträchtigungen einerseits über das Mass des als notwendige Folge des gesellschaftlichen Nebeneinanderlebens der Menschen

unbedingt zu Ertragenden hinausgeht und andererseits zugleich eine Störung der öffentlichen Ordnung der Allgemeinheit enthalten. Es sind nicht die Polizeibehörden, sondern die Gerichtsbehörden zuständig, wenn die Einwirkungen vom Nachbargrundstück „nicht über die Grenzen des Nachbargebäudes hinausreichen", bezw. wenn nur dessen Besitzer „für seine Person" beeinträchtigt wird oder sie „nur einen individuell ganz bestimmten und engbegrenzten Personenkreis" treffen. Das ist keine „unstatthafte Beeinträchtigung der Allgemeinheit". (Urt. v. 1. März 1902, Jahrb. Bd. 2, S. 238 ff.)

Der Eigentümer eines Rittergutsteiches ist zur Reinigung desselben verpflichtet, um dem Dorfbache den ungehinderten Durchlauf zu ermöglichen, weil durch das Anstauen des Wassers die allgemeine Wohlfahrt in gesundheitlicher Hinsicht leidet. Denn auch der Eigentümer eines Grundstückes ist bei dessen Benutzung soweit beschränkt, als es „der Verkehr mit anderen und das Leben in einer grösseren Gemeinschaft" mit sich bringt. Seine privaten Interessen haben hinter „den höheren allgemeinen Interessen" zurückzustehen, was in § 27 der Verf.-Urk. anerkannt ist. (Urt. v. 22. November 1902, Jahrb. Bd. 3, S. 305 ff.)

Der einzelne kann nicht zur Herstellung eines Wasserbehälters zum Zwecke der Feuersicherheit der ländlichen Ortschaften verpflichtet werden; denn die Befugnis der öffentlichen Gewalt, unter gewissen Voraussetzungen in fremdes Privateigentum einzugreifen, reicht, „mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften . . . nicht über die Forderung eines Duldens hinaus". — Ob diese Begründung richtig ist, erscheint uns zweifelhaft. Es handelt sich hier um eine Störung im objektiven Sinne, und zwar um die Vorbeugung einer solchen. Allerdings hat der einzelne dabei nur eine „Duldung" zu erleiden. Aber es ist nötig, darauf hinzuweisen, dass die Störung anders abgewendet werden kann als gerade durch die betreffende Duldung seitens des be-

treffenden Untertanen. (Urt. v. 18. März 1903, Jahrb. Bd. 4, S. 148 ff.)

Anfechtbar erscheint uns die Begründung eines Urteils, durch welches eine polizeiliche Verfügung anerkannt wird, die die Vermietung einzelner Räume zu Wohn- und Schlafzwecken aus gesundheitlichen Gründen dem Eigentümer verbietet. Es ist hierbei zu unterscheiden. Was zunächst den Eigentümer anbetrifft, so kann er, wie wir sahen, nur in seiner tatsächlichen Verfügungsmacht über seine Sache polizeilich beschränkt werden. In casu steht jedoch ein obligatorisches Verhältnis in Frage. Ist nun vielleicht auch daran festzuhalten, dass Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch die Polizei zulässig sind — vergl. Biermann, a. a. O. S. 209 ff. — so ist doch in dem Abschluss der hier vorliegenden Mietverträge an sich nichts Polizeiwidriges gegeben. Unzulässig ist höchstens die tatsächliche Benutzung der fraglichen Räume in einer der Gesundheit nachteiligen Weise. Die Benutzung findet aber seitens der Mieter statt, und an diese hat sich — insofern eine Verpflichtung des Eigentümers sich nicht begründen lässt — die Polizei zu halten. Es erscheint uns aber sehr fraglich, ob eine „Benutzung" von Räumen, wodurch der Benutzende sich selbst an seiner Gesundheit schädigt, ohne besondere gesetzliche Ermächtigung einer polizeilichen Regelung unterliegt. Es könnten noch gesindepolizeiliche Gesichtspunkte massgebend sein, da die betr. Räume als Mädchenkammern — aber auch als Gastzimmer — Verwendung fanden. — Aus den Gründen sei erwähnt: die Polizeigewalt ist befugt, wenn polizeilich zu schützende öffentliche Interessen bestehen, „dem einzelnen in der Ausübung der aus seinem Privateigentume fliessenden Rechte Beschränkungen zum Schutze der Allgemeinheit aufzuerlegen". Im vorliegenden Falle werde zwar in dieser Hinsicht das öffentliche Wohl gefährdet, aber das Gericht habe nicht zu prüfen, ob die Benutzung bestimmter Räume eine Gesundheitsgefahr in sich schliesse, sondern dies sei „von dem auf

Sachkunde beruhenden pflichtmässigen Ermessen" der Behörde abhängig. Dem letzteren ist unseres Erachtens nach ebenfalls nicht beizustimmen. (Urt. v. 2. Mai 1903, Jahrb. Bd. 4, S. 253 ff.)

In einem Falle, wo infolge Räumung der Parthe durch eine Genossenschaft Schlamm auf einem Grundstücke aufgehäuft ist, sodass eine Ueberschwemmungsgefahr begünstigt wird, kann nach Ansicht des Gerichtshofes der Eigentümer nicht ohne weiteres zur Beseitigung desselben verpflichtet werden. Es gilt im allgemeinen als Grundsatz, dass sich die Polizeibehörde zunächst an den Urheber der Polizeiwidrigkeit zu halten und diesem die Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes aufzugeben hat. Diese Regel erleidet „eine selbstverständliche Ausnahme", „wenn der Polizeibehörde nur der polizeiwidrige Zustand, nicht aber dessen Urheber bekannt sind, und zwar vornehmlich dann, wenn die Umstände eine schleunige Behebung des Uebelstandes fordern. In einem solchen Fall kann die Polizeibehörde nicht erst nach dem Urheber fahnden und die nötigen Sicherheitsmassregeln bis zu dessen Ermittelung aufschieben; vielmehr hat sie sich dann an denjenigen zu halten, dem die Verfügungsgewalt über die . . . Sache, das ist im Zweifel der Eigentümer, zusteht, und diesem eine etwaige Regressnahme gegen den Urheber des Zustandes zu überlassen". — Trotzdem also das Oberverwaltungsgericht die prinzipielle Verpflichtung des Urhebers anerkennt, lässt es doch die Pflicht des Eigentümers als subsidiäre bestehen. Im vorliegenden Falle würde auch nach unserer Ansicht die Polizei gegen den Eigentümer einschreiten können, dies aber deshalb, weil derselbe, wenn durch seine Sache „Rechtsgüter" gestört werden, als Störer dann vertretungspflichtig ist, wenn es sich z. B. um „Anlagen" auf seinem Grundstück handelt. Als solche würden nach der zivilrechtlichen Judikatur zweifelsohne Schlammmassen anzusehen sein. (Urt. v. 13. Juni 1903, Jahrb. Bd. 4, S. 248 ff.)

Die Polizei ist befugt, einen zu Trinkzwecken dienenden

Privatbrunnen unbrauchbar zu machen, wenn derselbe anderen zugänglich ist, sodass durch den Genuss des unreinen Wassers eine grössere Anzahl von Menschen in ihrer Gesundheit gefährdet und dadurch möglicherweise Epidemien im Orte hervorgerufen werden können. Denn die Polizeibehörde ist, „wie nicht zu bezweifeln, aus gesundheitspolizeilichen Gründen berechtigt, die zur Abwendung von Gefahren für die Allgemeinheit nötigen Massnahmen zu treffen". (Urt. v. 28. November 1903, Jahrb. Bd. 5, S. 119 ff.)

Die Polizeibehörde ist nicht berechtigt, über die Fleischprobenreste der für trichinenfrei befundenen Schweine zu verfügen, soweit dieselben nicht zu Untersuchungszwecken gebraucht werden. Denn ihr „Eingriffsrecht in fremdes Privateigentum erstreckt sich grundsätzlich nicht weiter, als das von ihr zu schützende öffentliche Interesse reicht und die von ihr zu wahrende gute Ordnung des Gemeinwesens" erfordert. Diese Befugnis kann sich die Polizei auch nicht durch Erlass eines Regulativs beilegen, wie überhaupt nicht weitergehende Befugnisse, als ihr nach dem Gesetze oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zukommen. (Urt. v. 18. April 1904, Jahrb. Bd. 5, S. 198 ff.)

Ein Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke jaucht stark, sodass das Wasser des nahegelegenen Brunnengebietes des städtischen Wasserwerkes gefährdet wird. Trotz der Interessen der Allgemeinheit lässt sich hier ein polizeilicher Eingriff nicht rechtfertigen. Zwar hat der Eigentümer diejenigen Beschränkungen in der Benutzung seines Grundstückes sich gefallen zu lassen, die der Verkehr mit anderen und das Leben in einer grösseren Gemeinschaft mit sich bringt, sodass seine privaten Interessen überall da zurückzutreten haben, wo sie mit „den höheren allgemeinen Interessen in Widerspruch geraten und mit diesen unvereinbar sind". Dieser Grundsatz jedoch und mit ihm „das ungeschriebene Recht der öffentlichen Verwaltung zur Beschränkung der Eigentumsrechte des einzelnen im Interesse der

Allgemeinheit“ gilt nur dann, wenn eine Abhilfe auf anderem Wege nicht möglich ist. Er versagt, wenn die Gesetzgebung einen solchen Eingriff in das Privateigentum an ein bestimmtes Verfahren gebunden hat. Im vorliegenden Falle treffen die schädigenden Einflüsse ein öffentliches Unternehmen und durch dieses erst mittelbar die Allgemeinheit. Daher steht dem Stadtrate nur der Weg des Enteignungsverfahrens offen. — Unserer Auffassung gemäss handelt es sich hier, wie überhaupt bei der sog. Anstaltspolizei, um eine Störung im objektiven Sinne. Dann hat die Polizei dieselbe zu beseitigen. Im vorliegenden Falle würde dies naturgemäss ausgeschlossen sein. (Urt. v. 18. Januar 1905, Jahrb. Bd. 7, S. 8 ff.)

Unbestritten hat zwar die Polizeibehörde das Recht, zur Abwendung von Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Bewohner eines Hauses die nötigen Vorkehrungen zu treffen. Dieses Recht ist jedoch beschränkt, wenn es sich um Abänderung baupolizeilich genehmigter Bauwerke handelt. Dies ergibt sich „aus dem Wesen der Bauerlaubnis“. Zwar ist diese nur der Ausspruch darüber, dass unter den gegebenen Verhältnissen die Bauausführung unbedenklich sei, gleichwohl ist hierdurch „die bisher nur tatsächlich bestehende zu einer rechtlich anerkannten und geschützten Möglichkeit des Bauens geworden“. Nach Vollendung des Bauwerkes enthält jede nachträglich verlangte Aenderung einen Eingriff in den Rechtskreis des Betroffenen, deren Zulässigkeit davon abhängig ist, dass in den Verhältnissen Veränderungen eingetreten sind, die seinerzeit nicht vorauszusehen waren. (Urt. v. 23. März 1905, Jahrb. Bd. 7, S. 126 ff.)

Die Polizei kann die Zuschüttung oder Zumauerung eines Brunnens verfügen, wenn derselbe gesundheitsschädliches Wasser enthält, unberücksichtigt einer darauf ruhenden Dienstbarkeit z. B. des Wasserschöpfens. Jedoch besteht diese Befugnis nur dann, wenn das Wasser vollständig ungeniessbar ist und seine Benutzung zu Trink- oder gewerblichen Zwecken Gesundheits-

gefahren herbeiführen kann, ohne dass dem öffentlichen Interesse auf eine andere Weise Geltung verschafft werden kann. Denn es steht zwar „ausser Zweifel, dass die öffentliche Gewalt nicht bloss in das Privateigentum, sondern auch in die Privatrechte Dritter an Grundstücken überall da eingreifen kann, wo das höherstehende allgemeine Interesse solches erfordert". Ihre Befugnis beschränkt sich aber auf das unbedingt Nötige und erstreckt sich grundsätzlich nicht weiter, als das zu schützende öffentliche Interesse reicht. (Urt. v. 6. Mai 1905, Jahrb. Bd. 7, S. 195 ff.)

Die nachträgliche Abänderung einer baupolizeilich genehmigten Anlage kann im allgemeinen nur dann verlangt werden, „wenn die Benutzung des betreffenden Gebäudes später eine andere geworden ist als sie ursprünglich war, sodass die anfänglich unbedenklichen baulichen Einrichtungen den mit Rücksicht auf die veränderten Verhältnisse zu stellenden Anforderungen nicht mehr entsprechen". Jedoch auch wenn die Benutzung dieselbe geblieben ist, kann die Polizei einschreiten und zwar dann, wenn Uebelstände auftreten, „die mit Rücksicht auf ihre Art und Schwere die Sicherheit oder Gesundheit der Hausbewohner nicht bloss möglicherweise künftig, sondern unmittelbar gefährden". (Urt. v. 13. September 1905, Jahrb. Bd. 8, S. 122 ff.)

Die Polizeibehörde darf bei einem Eingriff in das Privateigentum nicht weiter gehen, als das zu schützende öffentliche Interesse es erfordert, sodass also die zur Verhinderung oder Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes zu treffenden Massnahmen nur soweit auszudehnen sind, „als es die Erreichung des bezeichneten Zwecks erfordert". Darüber hinausgehende Anordnungen sind unzulässig, d. h. die angewandten Zwangsmittel dürfen zu dem zu schützenden Interesse nicht ausser Verhältnis stehen. Das ist eine Rechtsfrage. (Urt. v. 25. Oktober 1905, Jahrb. Bd. 8, S. 132 ff.)

Das Oberverwaltungsgericht sieht eine polizeiliche Verfügung

als rechtsbeständig an, durch die dem Eigentümer aus gesundheitspolizeilichen Gründen aufgegeben wird, an den Gossen seines Hausgrundstückes Geruchsverschlüsse anzubringen, weil sich zu gewissen Stunden aus denselben giftige Ausströmungen bemerkbar gemacht haben, die offenkundig der städtischen Schleuse entstammt sind. Die Begründung geht dahin: da die Polizeibehörde das Recht hat, Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens und insbesondere Gesundheitsgefährdungen vorzubeugen, so ist sie befugt, gegen Uebelstände einzuschreiten, welche die Gesundheit der Bewohner eines Hauses, insbesondere eines Miethauses zu schädigen oder unmittelbar zu gefährden geeignet sind. In casu ist nun die Störung durch Einführen von menschlichen Abfallstoffen seitens unberechtigter Dritter entstanden. Da die Stadtgemeinde als Eigentümerin der Schleuse nicht Urheberin der Geruchsbelästigungen ist, hat sie also für die Beseitigung derselben nicht zu haften. Da aber die Urheber unbekannt sind, darf sich die Polizei anerkanntermassen „an denjenigen halten, dem die Verfügungsgewalt über die in polizeiwidrigem Zustande befindliche Sache zusteht". Das würde die Stadtgemeinde sein. Der eben erwähnte Grundsatz gilt aber nur dann, „wenn der polizeiwidrigen Beschaffenheit eines Grundstücks seitens des Eigentümers mit Massnahmen auf dem eigenen Besitze abgeholfen werden kann, weil dessen Verpflichtung nicht weiter reicht, als seine Verfügungsgewalt". Die Stadtgemeinde kann jedoch absolut keine Abhilfe schaffen z. B. durch Sperrung, Räumung, Ueberwachung u. a. m. Es ist also mit den Störungen unbedingt zu rechnen, und deshalb hat die Polizeibehörde „die unabweisbare Pflicht, ihnen im Interesse des Gemeinwohls entgegenzutreten und künftigen Störungen desselben vorzubeugen. Demgemäss muss ihr das Recht zugesprochen werden, zu diesem Behufe innerhalb des Rahmens ihrer Zuständigkeit alle notwendigen und geeigneten Anordnungen zu treffen und hierbei, falls Massnahmen gegen die Urheber der Gefähr-

dungen oder gegen den Eigentümer der in einem polizeiwidrigen Zustande befindlichen Sache ausgeschlossen sind oder zwecklos sein würden, auch gegen den . . . Eigentümer desjenigen Grundstücks vorzugehen, auf welchem nach Lage und Einrichtung jener Zustand seine gesundheitsgefährdenden Wirkungen zu äussern vermag". — Unserer Auffassung entsprechend würde sich die Rechtslage im vorliegenden Falle dermassen gestalten: Es handelt sich zunächst um zwei Eigentümer, zwischen deren Grundstücken eine nachbarrechtliche Einwirkung stattfindet. Als Störer ist dabei grundsätzlich derjenige anzusehen, dessen Sache sich in polizeiwidrigem Zustande befindet. Das ist der Hauseigentümer, an dessen Gossen die Gerüche sich bemerkbar machen. Er ist der prinzipiell Verpflichtete. Es fragt sich weiter, ob er nach Nachbarrecht die genannte Einwirkung zu dulden hat. Das ist nach § 906 BGB. zu verneinen. Folglich ist die Stadtgemeinde haftbar. Nunmehr steht weiter in Frage, wer von beiden, die Stadtgemeinde oder der Urheber, haftet. Es ist nach unseren früheren Ausführungen der letztere. Da dieser unbekannt ist, ist die Stadtgemeinde gleichzeitig vertretungspflichtig, wenn sich eine Pflicht für sie aus den Grundsätzen ergibt, nach denen der Eigentümer bei Störungen haftet, die gegenüber Rechtsgütern Dritter durch seine Sache geschehen. Das wird bejaht werden müssen, da es sich hier um eine mit der Sache „fest und dauernd verbundene Anlage" handelt. Es würde also die Stadtgemeinde zur Beseitigung bezw. Unterlassung verpflichtet sein. Wie das zu geschehen hat, ist in diesem Zusammenhange nicht weiter zu untersuchen. (Urt. v. 5. September 1906, Jahrb. Bd. 9, S. 316 ff.)

Zur Abwendung von Hochwassergefahren kann der Eigentümer einer Flutrinne (eine Stadtgemeinde) zu deren Räumung und Wiederherstellung nur insoweit polizeilich für verpflichtet erklärt werden, als dies zur Verhütung einer der Allgemeinheit drohenden Gefahr, „im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt und

Sicherheit“ erforderlich erscheint, wenn es „im landespolizeilichen Interesse“ nötig ist, um eine erhebliche Gefahr abzuwenden, die der Allgemeinheit oder doch einem beachtlichen Teile der Bewohner der in Betracht kommenden Gegend droht, nicht aber dann, wenn die Gefahr sich auf einen Grundstücksbesitzer beschränkt, räumlich nicht sehr ausgedehnt und überdies ziemlich entfernt ist. Allerdings kann unter Umständen auch die einem einzelnen drohende Gefahr „zugleich eine Gefährdung der öffentlichen Wohlfahrt und Sicherheit“ enthalten. — Nach unserer Auffassung würde es sich um eine Störung im objektiven Sinne handeln und die Polizeibehörde müsste für die Abwendung der Hochwassergefahr Sorge tragen. Der Eigentümer aber hätte nur dulden. (Urt. v. 22. Sept. 1906, Jahrb. Bd. 9, S. 208 ff.)

Die Polizei ist zur Einziehung von Waren (Heilmittel und pharmazeutische Zubereitungen), die nur in Apotheken feilgeboten werden dürfen, nicht befugt. Denn ihre Massregeln dürfen nicht weiter in den Rechtskreis des einzelnen eingreifen, als notwendig ist, um einen wirksamen Schutz des Gemeinwesens herbeizuführen. Die angewendeten Mittel müssen in angemessenem Verhältnisse zu dem zu erreichenden Zwecke stehen. Es würde also das Dulden einer Beschränkung in der freien Verfügung über die Waren genügen, wodurch aber die gesetzlich erlaubte Verwertung der Gegenstände nicht ausgeschlossen werden darf. (Urt. v. 1. Mai 1907, Jahrb. Bd. 10, S. 329 ff.)

§ 7. Kritische Schlussbemerkungen.

Die Beschränkungen der Privatrechte durch die Polizei gestalten sich in Bezug auf ihre juristische Begründung dann schwierig, wenn die Grenzen der Polizeigewalt wie z. B. im Königreich Sachsen im allgemeinen gesetzlich nicht festgelegt sind. Bei dem Verhältnis der Polizei zum Eigentum kommt ausserdem in Betracht, dass letzteres gesetzlich ausdrücklich anerkannt ist. Wir haben gefunden, dass die Grenzen der Polizeigewalt

beim Fehlen geschriebener Rechtssätze gewohnheitsrechtlich sich gebildet haben, sodass die polizeilichen Eigentumsbeschränkungen auch in derartigen Fällen als auf Rechtssatz beruhende öffentlich-rechtliche sich darstellen, denen gegenüber der Eigentümer sich nicht auf sein — privatrechtliches! — Eigentum berufen kann.

Demgegenüber geht Stier-Somlo von der Vorstellung aus, dass es „ein soziales Eigentum“ gibt. „Der Eigentümer kommt daher, wenn er sein Eigentum in polizeigemässem Zustande erhält, seiner elementarsten Pflicht nach[264]. Diese aber fällt als solche in seine Sphäre. Der Staat verlangt nur etwas in den Grenzen des Privateigentums Liegendes“[265].

Mit dieser Ansicht steht Stier-Somlo durchaus nicht allein da. Es wird im Gegenteil fast allgemein anerkannt, dass das Eigentum jene sozialen Verpflichtungen habe. Von Publizisten steht Otto Mayer ihm nahe. Als Vertreter der Theorie, dass dem Untertanen „natürliche Pflichten“ gegenüber dem Staate obliegen, dass „etwas stehen geblieben und erhalten ist von den rechtlichen Grundanschauungen, auf welchen das alte polizeistaatliche Wesen beruhte“[266], nimmt er auch eine entsprechende Verpflichtung des Eigentumes bezw. des Eigentümers an. „Die Pflicht besteht also bereits und wird durch den Polizeibefehl nur genauer bestimmt“[267].

Biermann kommt (mit dem Oberverwaltungsgericht) zu dem Resultat, „dass der Eigentümer die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit habe, sein Eigentum jederzeit dauernd in einem mit dem

[264] Hier fügt Stier-Somlo das wohl nicht richtig verstandene Zitat von Biermann a. a. O. S. 122 an, dass, soweit die Polizei die gesetzlichen (?) Schranken dem Eigentümer gegenüber geltend mache, man von einer polizeilichen (?) Einschränkung des Eigentums nicht reden könne.

[265] Stier-Somlo, Die Erhaltung . . . S. 313.

[266] Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 250.

[267] a. a. O. Bd. 1 S. 252 Anm. 17.

Gemeinwohle verträglichen Zustand zu erhalten, und nur so zu benutzen, dass polizeilich zu schützende öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt oder gefährdet werden“ [268].

Arnstedt: „Der Grundsatz, nach welchem jedem Eigentümer die öffentlich-rechtliche Pflicht obliegt, sein Grundstück in einem solchen Zustande zu erhalten, dass polizeilich zu schützende öffentliche Interessen nicht gefährdet werden, beruht auf dem Begriffe des Eigentums selbst und den allgemeinen Pflichten des Eigentümers, ohne welche eine geordnete menschliche Gemeinschaft überhaupt nicht bestehen kann“ [269]. „Diese Pflicht ist eine durch das öffentliche Recht begründete, bereits bestehende Beschränkung des Eigentums“ [270].

Schepp: „Der § 903 will aber nicht nur die gesetzlichen Vorschriften, welche dem Eigentümer in einzelnen Beziehungen Beschränkungen auferlegen, in Kraft erhalten. Es bleibt vielmehr auch die allgemeine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Eigentümers bestehen, sein Eigentum jederzeit und dauernd in einem mit dem Gemeinwohle verträglichen Zustande zu erhalten.“ Er fährt aber dann fort: „auch diese allgemeine Beschränkung gründet sich auf das Gesetz“. Er bezeichnet als solches den § 10 II. 17 ALR. [271]. Worauf sich jedoch die Verpflichtung des Eigentümers in den Gebieten ausserhalb des Allg. Landrechts sowie in den anderen deutschen Einzelstaaten gründet, wird nicht gesagt.

Aber auch die zivilistische Literatur nimmt eine Verpflichtung des Eigentümers im sozialen Interesse als in dem Eigentumsbegriffe enthaltend an. So sagt Endemann: „Andere Normen sind dagegen bestimmt, die im Eigentumsbegriffe selbst liegenden Schranken zu allgemeiner Durchführung zu bringen;

[268] Biermann a. a. O. S. 124.
[269] Arnstedt a. a. O. Bd. 1 S. 439.
[270] Arnstedt a. a. O. Bd. 1 S. 440.
[271] Schepp a. a. O. S. 69.

was hierbei zumal polizeilich erzwungen wird, begründet einen Ersatzanspruch nicht“ [272].

Crome: „Die allgemeinste Beschränkung im öffentlichen Interesse ist, dass der Eigentümer seine Sachen in einem solchen Zustande zu erhalten und so zu benutzen hat, dass dadurch das Gemeinwohl nicht gefährdet wird. Was dazu gehört, kann das Gesetz im einzelnen nicht feststellen, die erforderlichen Anordnungen sind in weitem Umfang den Verwaltungsbehörden, insbesondere der Polizei überlassen. Die Anordnungen sind teils allgemeine, teils besondere; insofern die Polizeibehörde das Recht hat, den Eigentümer auch im Einzelfalle anzuhalten, seine Sache (vor allem sein Grundstück) in derartigem Zustande zu halten, dass durch die Beschaffenheit polizeilich zu schützende Interessen nicht verletzt oder gefährdet werden. Im letzteren Falle streitet man, ob der Eigentümer dem ohne Entschädigung nachkommen müsse. Soweit es sich hier nicht um einen willkürlichen administrativen Eingriff in die Privatrechtssphäre, sondern um Geltendmachung der dem Eigentum immanenten Schranken, sich nicht über die Bedingungen eines geordneten Menschen menschlichen Zusammenlebens hinwegzusetzen handelt, kann über die Verneinung der Entschädigungspflicht kein Zweifel sein. Anders, soweit die Behörde in ihrem Eingriff in das freie Bestimmungsrecht des Eigentümers diese Grenzen überschreitet“ [273].

Staudinger begnügt sich damit, „hervorzuheben, dass der Grundeigentümer die allgemeine Verpflichtung habe, sein Grundstück in einem polizeigemässen, dem öffentlichen Interesse entsprechenden Zustand zu erhalten“ [274].

Die herrschende Meinung vermag einer Kritik in zweifacher Hinsicht nicht standzuhalten. Vor allem wird durch sie der heute „noch“ herrschenden Unterscheidung zwischen

[272] Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 294.
[273] Crome a. a. O. Bd. 3 S. 271, 272.
[274] Staudinger a. a. O. Bd. 3 S. 200.

privatem und öffentlichem Recht keine Rechnung getragen. Denn es handelt sich, wie Stier-Somlo ausführt, „um die Betonung der Tatsache, dass das Eigentum aufgehört hat, ein rein privatrechtliches Verhältnis zu sein. Es gehört insofern dem öffentlichen Rechte an, als dieses Beschränkungen kraft seiner autoritativen Natur auferlegt, indem es die innere Begründung aus dem vielerwähnten Grundsatze hernimmt. . . . Und diese schon im Begriffe des Eigentums enthaltene Befugnis übt der Staat aus durch die Organe seiner Verwaltung, in unserem Falle durch die Polizei“ [275].

Das ist eben die ultima ratio der Lehre vom sozialen Eigentum, dass die Staatsgewalt, dort, wohin das Einzelrecht gar nicht reicht, mit diesem auch nicht in Konflikt geraten kann. Dass eine solche Annahme unmöglich ist, da einerseits das Privatrecht einen Eigentumsbegriff aufstellt, wonach das Eigentum ein nur durch ausdrückliche Gesetzesvorschriften eingeschränktes, aber prinzipiell unbeschränktes Privatrecht ist und da andererseits das öffentliche Recht von dem Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung beherrscht wird, glauben wir dargetan zu haben.

Der andere Angriffspunkt, den die Lehre von den Pflichten des Eigentümers bietet, besteht im Hinblick auf die Entschädigungsfrage. Darüber sagt Stier-Somlo folgendes: Wenn der Staat die zwischen ihm und dem Eigentümer gesetzten Schranken überschreitet, dann darf er sich — beim Vorhandensein von Staatsinteressen — zwar diesen Eingriff gestatten, aber nur gegen Entschädigung. Wenn sein Verlangen sich „innerhalb der gesteckten, bewussten Grenzen“ hält, dann brauche er keinen Ersatz zu leisten [276]. Es finde „eine Verweisung des Eigentümers in seine natürlichen Grenzen“ statt [277].

Hiergegen ist zunächst zu sagen, dass, wenn im konkreten

[275] Stier-Somlo a. a. O. S. 333.
[276] Stier-Somlo a. a. O. S. 313.
[277] Stier-Somlo a. a. O. S. 336.

Falle durch richterlichen Spruch diese Grenze festgelegt wird, es sich um nichts anderes handelt, als um Findung von Recht. Nach unserer Auffassung ist dies aber öffentlich-rechtliches Gewohnheitsrecht, und damit sind für uns die entschädigungslosen polizeilichen Eigentumsbeschränkungen begründet. Sehen wir uns z. B. das positive sächsische und preussische Recht daraufhin an, so kommt für das erstere § 27 der Verf.Urkunde in Betracht, wonach das Eigentum nur den im geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte („Gesetz und Recht") gegebenen Beschränkungen unterliegt. § 31 bezieht sich auf die Enteignung. Für Preussen kommt Art. 9 der Verf.Urkunde nicht in Frage, „wenn die Polizei nur die gesetzlichen Schranken des Eigentums geltend macht"[278]. Vielmehr sind die §§ 1 und 2 I. 22 ALR. heranzuziehen. Darnach hat sich den gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums[279] ein jeder entschädigungslos zu unterwerfen, wenn nicht im Gesetze eine Entschädigung ausdrücklich ausgesprochen ist.

Wie verhält sich nun dazu der § 75 Einl. ALR., welcher bestimmt, dass der Staat demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten ist? — Zweifelsohne kann man von „Aufopferung" „besonderer" Rechte und Vorteile nicht reden, soweit der einzelne die gute Ordnung im subjektiven Sinne stört. Jedoch ist § 75 cit. dann von Bedeutung, wenn — die Enteignung kommt dabei ganz ausser Betracht — eine Störung im objektiven Sinne vorliegt[280], wo der

---

[278] Biermann a. a. O. S. 184. Er unterscheidet allerdings die „gesetzlichen" von den „polizeilichen" (?) Eigentumsbeschränkungen.

[279] Allerdings erkennt das ALR. gewohnheitsrechtliche Normen grundsätzlich nicht an. Jedoch wird allgemein behauptet, dass trotz der landrechtlichen Bestimmung (§ 6 Einl. ALR.) Gewohnheitsrecht Geltung hat; vgl. Biermann a. a. O. S. 11.

[280] Vgl. hierzu Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschä-

einzelne zu dulden hat. Entschädigungsverpflichtet ist derjenige, „welcher den Vorteil von der Eigentumsbeschränkung hat“ [281].

Wie aber soll für das sächsische Recht, wo jede positive Norm für eine derartige Entschädigung fehlt, im Angesichte des Gewohnheitsrechtssatzes, dass die Polizei die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten habe, ein Anspruch begründet werden? — Die Antwort darauf lautet, und damit schliesst sich die Kette unserer Betrachtungen: durch einen anderen Gewohnheitsrechtssatz, der die Entschädigungspflicht für die gleichen Fälle ausspricht. Dieser Satz ist sogar von Otto Mayer anerkannt, trotz seiner Ansicht, dass das Gewohnheitsrecht für unser heutiges Verwaltungsrecht keine Rechtsquelle ist. Es ist der nämliche Satz wie im preussischen Recht: der Staat schuldet Entschädigung für die besonderen Opfer, die er auferlegt [282].

Die Entschädigungspflicht des Staates muss aber rundweg, und zwar für alle Fälle abgelehnt werden, wenn man der Ansicht von Stier-Somlo und damit der herrschenden Meinung beipflichten will. Denn wenn der Eigentümer die Pflicht hat, sein Eigentum jederzeit und dauernd in einem mit dem Gemeinwohle verträglichem Zustande zu erhalten und diese Pflicht in dem Begriffe des Eigentums selbst enthalten ist, sodass die Polizei zu ihrem Vorgehen keiner gesetzlichen Ermächtigung bedarf, dann kann nicht davon die Rede sein, dass der Staat einen „Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des Individuums“ [283] vornimmt, wofür ein „Ausgleich“ durch die Entschädigung zu schaffen ist [284].

Wir schliessen unsere Untersuchung mit dem Hinweis darauf, dass auch das Verhältnis von Eigentum und Polizei unter

digungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt. Verw.Arch. Bd. 5 S. 1 ff.

[281] Biermann a. a. O. S. 187.

[282] Vgl. hierüber Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 345 ff.

[283] Otto Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 353.

[284] Vgl. hierzu auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 S. 219.

keine anderen Bedingungen gestellt ist als die des modernen Rechtsstaates überhaupt: die Unantastbarkeit der Individualrechte einerseits und die Forderung der Gesetzmässigkeit der Verwaltung andererseits. So dürften auch diese Erörterungen zu der Erreichung des einen Zieles beitragen, „dass selbst gegen den Herrscher Staat dem letzten Bürger im Lande sein Recht wird“ (Fleiner).